

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

COMMENT LA JURISPRUDENCE

A INTERPRÉTÉ ET MODIFIÉ

LES

TEXTES DU CODE

EN MATIÈRE

DE DROIT DES PERSONNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 16 Avril 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Pierre ROMMETIN

Président : M. WEISS, professeur
Suffragants { *MM. BOISTEL, professeur*
 { *GARÇON, professeur*

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUE

15, Rue Racine, 15

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

COMMENT LA JURISPRUDENCE

A INTERPRÉTÉ ET MODIFIÉ

LES

TEXTES DU CODE

EN MATIÈRE

DE DROIT DES PERSONNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 16 Avril 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Pierre ROMMETIN



Président : M. WEISS, professeur

Suffragants { MM. BOISTEL, professeur
GARÇON, professeur

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE

En Matière du Droit de la Famille Légitime

Au cours du XIX^e siècle

INTRODUCTION

Il n'est peut-être pas d'institution qui, au cours des siècles, ait subi des changements plus profonds que l'institution sociale de la famille. La plus ancienne unité sociale n'est pas la famille, mais la tribu ; c'est la conception collective de la famille. Au début, elle ne comprend que les personnes unies entre elles par un lien de parenté maternelle ; l'enfant ne se rattache qu'à la mère et à la famille de la mère. Plus tard, la parenté consanguine s'introduit ; mais, pour qu'elle arrive à être acceptée et à passer dans les mœurs, il faut que le mariage vienne remplacer l'u-

nion passagère qui existait à l'origine des sociétés humaines.

Le patriarcat, c'est-à-dire la parenté consanguine résultant du mariage, apparaît comme un premier progrès accompli par la civilisation commençante (1).

La source du lien de famille se trouva ainsi complètement modifiée ; mais, la famille fondée sur le patriarcat subit par la suite bien des transformations. La notion romaine de la famille repose sur la *patria potestas* ; c'est une monarchie absolue ; le paterfamilias est un véritable souverain. Les personnes qui sont soumises à son autorité forment un groupe dont l'unité est très nettement caractérisée, non seulement au point de vue privé, mais encore dans l'ordre économique et politique. Le travail est réparti par le chef entre tous les membres du groupe, et le nombre de ceux-ci est assez considérable pour que la vie matérielle soit assurée par le seul secours des travaux de la famille.

Au point de vue politique, la solidarité des membres de la famille est rendue indissoluble par la communauté de religion qui réunit entre eux non seulement les membres vivants, mais encore les générations d'ancêtres (2).

1. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, éd. 1867, p. 20 et s. — Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 132 et suiv.

2. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, 10^e éd., p. 40 et suiv.

Le principe de la famille dans l'antiquité, ce n'est pas l'affection naturelle ; les hommes de cette époque ne demeurent pas, sans doute, inaccessibles à ces sentiments, mais ceux-ci ne comptent pas au point de vue du droit ; il y a quelque chose de plus puissant qui donne à la famille sa cohésion et sa force : c'est l'association religieuse, qui, bien plus que les liens du sang, crée entre les divers membres du groupe familial l'union indissoluble. C'est la religion qui a imprimé à la famille antique une constitution si différente de celle de la famille moderne.

Constituée sur des bases aussi fortes, la famille romaine offre les caractères suivants : tandis qu'en France, le principal fondement de la famille est le mariage, à Rome il est tout différent : la famille repose sur l'autorité paternelle dans le sens le plus énergique du mot, sur la *patria potestas*. La famille ne se forme pas, comme chez nous, en procédant d'un acte unique : le mariage. A Rome, il y a autant de modes constitutifs du groupement domestique qu'il y a de procédés différents pour engendrer la puissance paternelle. Là où naît la puissance paternelle, la famille se forme. Le mariage est assurément un des procédés qui font naître cette puissance ; mais il n'est pas le seul. D'autres actes juridiques, telles la légitimation et l'adoption, produisent la même conséquence. Dans ces conditions, puisque le mariage n'est pas la source fondamentale de la

famille, il n'offre pas, comme en France, l'aspect d'un acte social qui exige une publicité et une célébration solennelles avec le concours de l'autorité publique. La puissance publique reste indifférente à Rome à la formation comme à la dissolution du mariage ; le droit romain ne s'est jamais préoccupé d'empêcher, par des moyens analogues à la théorie moderne des oppositions, les unions mal assorties. De même que la célébration de l'union conjugale est affranchie de toute publicité, de même les pouvoirs publics se désintéressent de sa dissolution.

Le mariage lui-même présente, d'ailleurs, des formes multiples : il y a plusieurs sortes de mariages ; il y en a dans lesquels la femme, considérée comme *loco filia*, tombe sous la *manus* de son mari ; il y a d'autres unions qui ne sont pas accompagnées de *manus* ; alors la femme est regardée comme une étrangère et, en droit civil, elle n'est la parente ni de son mari ni même de ses enfants.

Quant aux conséquences du mariage sur la capacité de la femme et sur le patrimoine des époux, elles n'ont pas été comprises à Rome de la même manière que chez nous. Aujourd'hui, la femme est moins la subordonnée du mari que son associée ; seulement, le principe de l'autorisation maritale domine tous les actes de la vie conjugale. Or, le principe de l'autorisation maritale n'a même pas été soupçonné par les Romains. De nos jours, l'état de

mariage produit une répercussion sur les biens qui appartiennent à chacun des deux conjoints ; et, sous tous les régimes, un certain nombre de biens personnels de chacun des deux époux entrent successivement dans l'association pécuniaire qui dérive du mariage. A Rome, aucune théorie d'un patrimoine familial n'a été édifiée par les jurisconsultes. Les Romains ont connu, sans doute, la constitution de dot, mais aucune analogie ne peut être établie entre la dot romaine et les apports matrimoniaux des époux sous le régime de la communauté.

L'idée que le mariage ne joue qu'un rôle secondaire dans la formation de la famille se manifeste à d'autres points de vue. D'après notre Code civil, on ne peut pas fonder une famille en dehors du mariage ; la reconnaissance d'un enfant naturel, l'adoption, n'aboutissent pas à créer la famille ; ce sont des actes purement individuels qui ne rattachent celui qui en est l'objet qu'au seul auteur de la reconnaissance ; l'adoption elle-même n'établit de liens qu'entre l'adopté et l'adoptant. Il est donc permis d'affirmer qu'il n'y a pas plus de famille adoptive que de famille naturelle dans notre législation ; l'adoption ou la reconnaissance n'engendrent qu'une filiation, et encore celle-ci est-elle des plus limitées dans son étendue. Or, à Rome des idées tout autres avaient cours. Dans la famille, l'enfant ne connaît que le père, car la filiation n'est pas fondée sur le mariage,

mais uniquement sur la puissance paternelle. Lorsqu'il s'agit d'un mariage non accompagné de *manus*, les enfants demeurent complètement étrangers à la mère et aux parents de celle-ci. Enfin, la puissance paternelle pèse avec la même énergie sur tous les membres de la famille, et ceux-ci ne possèdent aucune capacité juridique.

Aujourd'hui, la famille moderne a perdu l'unité qui la caractérisait jadis, et elle se désagrège même du vivant du chef. Chaque membre du groupe familial possède des droits propres ; la cellule sociale n'est plus, comme autrefois, la famille, mais l'individu. La cohésion politique de la famille n'est plus à l'époque actuelle qu'un souvenir, et il n'y a d'autre solidarité entre les parents que le lien du sang et les devoirs qui en dérivent.

Tandis que la famille antique repose sur une organisation purement artificielle et arbitraire, qui fait abstraction des liens du sang, et qui méconnaît, tout au moins au début, les devoirs imposés par le lien de la parenté et par la proximité du degré, la famille moderne est constituée sur une toute autre base. En effet, il n'est peut-être pas d'institution qui reflète plus profondément la transformation des mœurs et les modifications qui se sont produites dans la conscience des hommes sous l'influence des doctrines philosophiques et des idées religieuses.

Ce n'est plus aujourd'hui sur des principes artificiels qu'est fondée la famille ; à l'époque contemporaine, il n'y a plus aucune connexité entre l'organisation du groupe familial et la constitution de l'Etat, qui en était le cercle agrandi aux époques reculées. La famille repose maintenant sur les liens d'une affection mutuelle, qui ne peut exister qu'entre les représentants d'un groupe relativement étroit. La notion de famille se réduit actuellement aux devoirs et aux obligations réciproques qu'engendre une affection réciproque entre personnes qui descendent les unes des autres. L'idée de la famille représente la satisfaction la plus complète donnée au besoin qu'éprouve l'homme de se rattacher à sa race dans le passé, ainsi qu'à ses descendants dans l'avenir.

La famille peut se définir de la manière la plus simple : « La société naturelle entre les parents et enfants. » (1).

Elle constitue le groupe humain le plus étroit qui puisse exister entre les individus ; ce groupement est, pour ainsi dire, imposé par le sentiment naturel qui pousse l'individu à réunir autour de lui, à protéger ses ancêtres hors d'état de travailler, comme les descendants qu'il procrée, et auxquels il désire communiquer, avec l'ensemble des biens qui constituent l'héritage des anciens, les traditions morales,

1. Boistel, *Cours de philosophie de droit*. II, p. 63.

politiques et religieuses qui marquent le trait caractéristique d'une race.

Ou peut dire que la société familiale ainsi comprise ne comprend guère que les enfants, d'un côté, et les ascendants de l'autre. La notion du foyer familial s'est rétrécie avec le temps, et le groupe s'est réduit à un nombre restreint de personnes : celles entre lesquelles existe réellement une affection réciproque. -

S'il est exact d'affirmer que la constitution de la famille s'est lentement modifiée au cours des siècles, et que l'évolution des mœurs a exercé à cet égard une influence décisive, on est amené immédiatement à constater que la législation a consacré ces changements, et qu'elle a dû prêter son appui à la conscience publique, pour ériger en règles de droit les principes établis sous l'empire de ces transformations (1).

Ces observations suffisent à nous montrer l'importance que présente, dans toute législation, la réglementation des rapports familiaux. Elles conduisent immédiatement à constater que cette réglementation ne saurait être, dans un Code, une organisation définitive et abstraite. S'il est exact d'affirmer que toute législation doit suivre le mouvement sociologique et les changements qui s'opè-

1. Cf. sur tous ces points : Lerebours-Pigeonnière. *La famille et le Code civil, Livre du centenaire du Code civil*, p. 265 et s.

rent dans l'opinion, cette remarque trouve son application la plus juste en ce qui concerne les rapports de famille. La notion antique de ces rapports diffère profondément de l'idée que nous nous en formons aujourd'hui ; l'ancien régime et la Révolution ont eu également à cet égard des conceptions divergentes ; et il est certain qu'au cours du ^{xix}^e siècle, les idées ont encore évolué ; si bien que, au point de vue de la dissolution de la famille, comme sous le rapport des attributs dévolus au chef pendant la durée de celle-ci, les règles tracées dans le Code ne sont peut-être plus en parfaite harmonie avec les données de la conscience contemporaine.

Or, nous nous proposerons dans cette étude, d'examiner dans ses grandes lignes l'histoire de l'interprétation des textes relatifs soit à rupture du lien familial, soit aux pouvoirs du père pendant la durée du mariage sur les personnes issues de la famille qu'il a fondée, soit à l'établissement de la filiation en dehors de la famille. Nous constaterons ainsi, pour nous en tenir à ces trois points fondamentaux, que les principes sociologiques de la famille se meuvent dans un état de perpétuel changement ; aucun législateur ne saurait se flatter de les immobiliser dans des principes qui, exacts au moment où ils ont été formulés, cessent de l'être par la suite, lorsque les mœurs se transforment, et que les rap-

ports du groupe sont compris d'une manière différente, à mesure que l'idéal à atteindre se déplace lui-même.

Les auteurs du Code civil n'avaient pas méconnu l'importance de ces idées ; lorsqu'ils ont réglementé la famille, ils n'ont pas cédé à des sentiments préconçus ; ils ne se sont pas laissés influencer par la tradition de l'ancien régime ; ils n'ont pas accepté non plus intégralement l'idéal que préconisaient les philosophes du XVIII^e siècle, notamment au point de vue de l'assimilation de la famille légitime et de la famille naturelle. Là, comme à propos de beaucoup d'autres institutions, les rédacteurs du Code ont essayé de s'arrêter à une transaction entre la tradition du passé, et les doctrines récemment émises. Sans répudier complètement les tendances nouvelles, ils n'ont érigé en règles légales que les notions qui leur semblaient susceptibles d'être conformes à la moyenne de l'opinion de leur temps.

Mais cette législation de l'époque révolutionnaire, qui convenait à l'époque pour laquelle elle avait été établie, ne peut être considérée que comme une étape dans l'histoire de la famille. Elle n'a point empêché les philosophes, les sociologues, les publicistes qui sont venus après, d'émettre de nouvelles théories, ou de constater des tendances différentes résultant de l'observation des faits sociaux. L'ancien droit avait cherché avant tout à réaliser l'unification

et la permanence du groupe social représentant la famille légitime. Ce n'était pas par intérêt pour l'individu isolé que l'ancien régime avait voulu assurer cette cohésion ; d'autres idées prévalaient à cet égard. Il fallait avant tout assurer la permanence du cercle familial et de sa situation pécuniaire dans un intérêt politique, la stabilité des familles nobles, susceptibles de prêter leur appui à un état reposant sur les principes de l'absolutisme, et de concourir par leur puissance à servir les intérêts d'une royauté omnipotente. La famille de l'ancien droit est constituée, sans doute, en vue d'une certaine solidarité entre ses membres ; mais elle est organisée surtout dans le but de donner un concours efficace à la forme monarchique et héréditaire du gouvernement du pays ; l'unité restreinte du groupe n'est protégée qu'en tant qu'elle assure l'unité sociale de la nation.

Toutes les règles relatives à la puissance paternelle, à la formation du mariage, à la dévolution du patrimoine héréditaire par voie de succession, en sont la preuve manifeste. Le groupe familial reste placé, dans les pays de droit écrit, comme dans les provinces coutumières, sous la puissance paternelle fortement constituée, parce qu'elle apparaît, dans le groupe restreint des êtres qui vivent autour du même foyer, comme l'image fidèle du pouvoir absolu, qui s'impose à tous les habitants du royaume. Avec une semblable conception, l'autorité du père est presque

sans limite ; on ne conçoit pas que les enfants s'écartent des traditions des ancêtres dont il est chargé d'assurer le perpétuel maintien ; il y a une importance sociale de premier ordre à ce qu'aucune déchéance ne vienne atteindre un des membres du groupe ; et le père, dans l'accomplissement de ses fonctions, est aidé par le concours du pouvoir royal. C'est ainsi qu'au xviii^e siècle encore, des lettres de cachet permettaient au chef de la famille d'empêcher que, par leurs débordements, des membres de la famille ne vinssent diminuer la situation sociale qu'ils tenaient des générations précédentes (1).

C'était encore au nom du rang social à conserver que l'on s'efforçait de justifier toutes les inégalités (droit d'aînesse, exclusion successorale des filles), qui apparaissent comme incompatibles avec la parité des droits de tous les membres d'une même famille.

D'autre part, la famille légitime comptait seule, sous l'ancien régime. L'amour de l'homme et de la femme n'était légitime que dans le mariage, parce que, sous l'influence de l'Eglise catholique, le groupement familial devait poursuivre non seulement des fins humaines, mais encore des fins divines, et qu'au point de vue canonique, il avait été créé exclusivement *ad maiorem Dei gloriam*.

1. Lerebours, *loc. cit.*, p. 269.

Si la préoccupation du rang social à conserver n'apparaît qu'au second rang des préoccupations de l'Eglise, celle-ci n'en recommande pas moins la solidarité des individus dans la famille dont elle proclame le lien indissoluble et perpétuel, comme tout ce qui procède de la Religion. Dès lors, la famille naturelle est mise en marge de la société. La maxime : « enfants bastards ne succèdent », n'a pas seulement une signification pécuniaire importante, en tant qu'elle prive l'enfant naturel de ses droits dans la succession de ses auteurs, elle représente, avec une singulière énergie, tout l'ensemble des sentiments de réprobation qui animaient la société d'alors contre les unions irrégulières. La parenté existant entre des individus nés d'une union illégitime et leurs auteurs était condamnée d'avance par une société qui n'admettait pas que l'on pût chercher en dehors du mariage un amour que condamnait la morale chrétienne. L'enfant qui était né en dehors du foyer familial était donc voué à un isolement perpétuel dans la société ; et, si celle-ci ne pouvait abolir les liens de parenté qui l'unissaient à son auteur, elle le repoussait au moins de l'association familiale, et elle le plaçait dans un état d'infériorité sociale, destiné à consacrer l'idée que la solidarité du mariage exclut tout appui donné à un individu qui est né en dehors de l'union légitime.

Cette organisation familiale ne pouvait être accep-

tée par la Révolution. L'idée de l'indissolubilité du mariage est d'abord battue en brèche. Une conception moins abstraite et plus humaine de la famille se fait jour. L'idée que l'indissolubilité du mariage est un dogme intangible cède la place à une doctrine nouvelle, d'après laquelle il vaut mieux rompre l'union dont la foi n'est plus suivie. Le spectacle des unions malheureuses et des mœurs plus relâchées permet d'entrevoir avec plus de faveur un mouvement qui se dessine au profit du divorce. Et celui-ci est érigé en institution légale, par l'Assemblée Législative, le 20 septembre 1792. A la thèse de l'absolutisme, a succédé la doctrine individualiste. On estime qu'il vaut mieux rendre à chaque conjoint sa liberté que de l'enchaîner dans les liens d'un mariage qui dégénère en un scandale perpétuel.

La réglementation des rapports familiaux est transformée sous bien d'autres points de vue : les droits successoraux des enfants naturels sont augmentés par la Convention, et même assimilés (loi du 12 Brumaire, an II) à ceux des enfants légitimes. Il apparaît dès lors que les droits et les devoirs engendrés par le mariage peuvent exister au même degré dans des unions qui ne sont pas officiellement consacrées.

1. Olivier Martin, *La crise du mariage*. Thèse 1901. p. 75.

Le pouvoir du père est diminué, et l'autorité absolue que l'ancien régime lui reconnaissait sur la personne de ses enfants n'est plus conservée comme un dogme intangible. La Révolution, préoccupée avant tout des intérêts de l'individu, préconise l'institution de tribunaux de famille, comme la barrière la plus efficace aux abus de la puissance paternelle. L'intérêt de l'enfant est désormais envisagé comme l'idée directrice de l'autorité que le père possède sur lui ; et les principes de pouvoir absolu sur lesquels était réglée l'organisation de la famille dans l'ancienne France, cèdent la place à d'autres règles inspirées par une doctrine plus libérale, et cherchant à développer l'individualité des membres du groupe, au détriment de l'autorité du chef.

D'un autre côté, la loi de l'Eglise n'apparaît plus comme la loi de l'Etat, en ce qui concerne la discipline du mariage ; et, à des règles absolues, succède une organisation plus sage et plus souple, mieux en rapport avec les faiblesses de la nature humaine, et avec l'évolution des mœurs, qui ne sauraient s'accorder de règles immuables. La Révolution s'attache d'ailleurs à favoriser la liberté de l'individu au détriment de la solidarité familiale.

Le Code est revenu, sans doute, sur une conception aussi absolue ; mais l'atteinte, qui avait été portée à la notion première du mariage, est restée définitive, et le divorce, après une discussion confuse, a

fini par être admis en 1804. Les idées de la Révolution ont été conservées aussi, en ce qui concerne l'égalité des droits pécuniaires des membres de la famille. On a abandonné quelque peu le principe du maintien de la situation sociale, qui avait été l'idée dominante de l'ancien Régime.

Toutefois, si le Code civil a accepté une bonne partie des réformes inspirées par les philosophes du XVIII^e siècle, et commencées par la Révolution française, il a maintenu dans une certaine mesure l'inégalité entre la famille légitime et la famille naturelle, en diminuant les droits successoraux de ces derniers, et, d'autre part, l'article 340 contient une disposition accablante pour l'enfant naturel, en lui interdisant de rechercher le lien qui le rattache à son auteur. De sorte que, finalement, si le point de vue de la situation sociale de la famille a été relégué au second plan par le Code civil, il a cependant conservé une influence certaine, et les rédacteurs se sont encore préoccupés du maintien des traditions et du rôle qu'une situation antérieurement acquise procure à un individu dans la société. La séparation conservée entre la famille naturelle et la famille légitime en est la preuve.

A côté de la persistance des traditions, qui ont été atténuées dans ce qu'elles avaient de trop rigoureux, le Code civil a certainement voulu développer l'épanouissement des droits de l'individu dans la famille.

Dans la direction du ménage, une certaine part de collaboration a été réservée à la femme pour les affaires courantes ; les idées d'autorité, soit paternelle, soit maritale, sur lesquelles reposait autrefois la constitution du groupe familial ont fait place, de plus en plus, à des dispositions consacrant la liberté et le besoin d'émancipation. La conception coutumière de l'autorité maritale, l'idée romaine de l'infériorité de la femme ont été proscrites, comme incompatibles avec le développement des mœurs. Les rapports des parents et des enfants ont été complètement changés ; d'abord l'idée de partage égal, imposé par la Révolution, ne saurait plus être violée désormais sans de vives protestations de l'opinion publique ; les relations du père et de l'enfant ont été comprises comme fondées uniquement sur l'affection, et non plus sur des liens d'autorité, comme jadis, au temps du droit romain, et même de la monarchie absolue. L'esprit aristocratique avec toutes ses conséquences a été répudié, et l'orientation de la direction familiale s'en est largement ressentie. Toutes les réformes législatives de l'époque la plus récente ont eu pour but d'améliorer le sort des enfants en élevant des barrières contre les abus de l'autorité paternelle, là où elle avait encore conservé le moyen de se livrer à des excès.

La distance qui sépare la famille naturelle de la famille légitime n'a pas été sans doute complètement

franchise ; le maintien de l'article 340 en constitue la preuve irréfutable ; mais les tribunaux se sont ingéniés à éluder la brutalité de cette prohibition, et bien des fois, ils sont arrivés à rétablir la responsabilité de l'auteur de l'enfant naturel, et à autoriser ce dernier à réclamer à son père le paiement de la dette qu'il avait contractée, par le fait de la génération. Sous forme d'action en dommages et intérêts, la jurisprudence a obligé des individus à nourrir des enfants qui, au point de vue du droit strict, n'avaient pu se faire ouvrir l'accès de la famille.

D'une manière générale, on peut dire que la jurisprudence, par un travail incessant, et sans cesse renouvelé, d'accommodation des textes du Code aux idées ambiantes, a permis à une œuvre législative, vieille déjà de plus d'un siècle, de se maintenir au niveau des besoins et des exigences d'une société transformée et mieux éclairée. C'est que les rapports de famille, touchant aux sentiments les plus intimes de l'homme, n'évoluent qu'autour d'un petit nombre de concepts juridiques, et ne peuvent que lentement se transformer.

Quoi qu'il en soit, si le mouvement des mœurs s'accomplit ici sans aucune précipitation, il n'en est pas moins certain qu'une évolution insensible se poursuit ; nous nous proposons d'examiner comment elle a été aidée et facilitée par la jurisprudence, en ce qui concerne surtout la dissolution du mariage,

les restrictions successives apportées à la puissance paternelle et le mouvement qui s'est dessiné contre la prohibition, inscrite dans l'article 340, de la recherche de la paternité naturelle. La jurisprudence a été l'auxiliaire des progrès juridiques accomplis en matière de rapports de famille ; le juge a compris qu'il devait être l'interprète de la conscience sociale, toutes les fois que la moyenne de l'opinion réprouvait une appréciation trop rigide d'un texte légal ; la jurisprudence n'a pu assurément devenir une source immédiate du droit ; mais, en interprétant le Code dans un esprit plus libéral, là où les textes sont douteux, elle a permis d'aller de l'avant, et d'évoluer dans le sens d'un développement scientifique et d'un progrès social.

CHAPITRE I

Le Code civil et la question du divorce

Si l'on interroge les moralistes, on constate que la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel se prononcent pour l'indissolubilité du mariage ; c'est ainsi que d'après M. Ahrens, le mariage est « une affection harmonique par laquelle une personne s'unit tout entière à une autre » (1) ; il ajoute que les époux s'unissent en vue d'une communauté parfaite de toute leur vie morale, spirituelle et physique et de tous les rapports qui en sont la conséquence. Il cite la formule anglaise du mariage : « Je vous prends pour femme mariée, pour vous avoir et vous garder dorénavant dans le bonheur et le malheur, dans la fortune et la pauvreté, dans la maladie et la santé, pour vous aimer et vous chérir jusqu'à ce que la mort nous sépare conformément à la sainte ordon-

1. *Cours de droit naturel*, t. II, p. 272.

nance de Dieu, et, pour cela, je vous engage ma foi ». La perpétuité du lien matrimonial apparaît également encore comme nécessaire à Jules Simon (1), Beaussire déclare que le divorce est contraire à la nature du mariage (2), Frank, tout en acceptant le divorce, dans des situations extrêmes, défend avec non moins d'énergie, le principe de l'indissolubilité (3). Citons encore le discours prononcé par Mgr Freppel, lors de la discussion de la loi de 1884 : « Avec la perspective d'une rupture complète, absolue, tout grossit, tout s'envenime ; le moindre dissentiment prend une importance considérable, et ce mot fatal de divorce, que la loi civile elle-même vient jeter aux oreilles de cet ouvrier, de ce cultivateur, qui n'y aurait jamais pensé, sans ce piège tendu à sa faiblesse par le législateur lui-même, ce mot, d'abord accueilli timidement, mais qui, peu à peu, produit son effet, ce mot auquel on s'accoutume, avec lequel on se familiarise, devient le signal de la dissolution irrémédiable de la société domestique (4). « M. Boistel a écrit, dans le même sens, que le divorce » doit être considéré comme un recul de la nation, dans l'ordre des sentiments moraux » (5).

1. *La liberté civile*, chap. V. *La liberté du foyer*.

2. *Les principes du droit*, p. 27 et suiv.

3. *Philosophie du droit civil*, p. 67 et suiv.

4. *Annuaire de législation française de la Société de législation comparée*, 1885, p. 165, note 1.

5. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 85.

Cependant, toutes les législations ont offert aux époux des moyens plus ou moins faciles de mettre fin à une union conjugale devenue insupportable. Si l'on jette un coup d'œil rapide sur les principales législations européennes, en ce qui concerne l'accueil réservé par elles aux procédés de désunion conjugale, on est amené à constater que ces législations peuvent être réparties en cinq groupes :

1° Législations n'admettant que la seule séparation de corps ;

2° Pays qui admettent la séparation de corps pour les catholiques, la séparation et le divorce pour les non catholiques ;

3° Législations accordant la séparation de corps seulement, ou le divorce seulement, selon la religion des conjoints ;

4° Pays n'admettant que le divorce ;

5° Législations acceptant la séparation et le divorce pour tout le monde (1).

Dans le premier groupe, il faut classer tous les pays qui ont subi plus ou moins l'influence du droit canonique. Il convient d'abord de remarquer que, dans tous ces pays, si l'on veut ne pas se payer de mots, il existe sous un autre nom de véritables divorces. En effet, l'Eglise a toujours admis la nullité du

1. Roguin, *Traité de droit civil comparé, Le Mariage*, p. 239 et s.

mariage pour causes antérieures ou concomitantes ; il y a possibilité de rompre le mariage conclu, mais non consommé ; c'est une survivance de la théorie ancienne d'après laquelle le mariage consommé est le seul vraiment indissoluble ; le *matrimonium ratum sed non consummatum* garde un caractère relativement soluble (1) ; l'union conjugale ne revêt vraiment cette qualité que lorsque, devenue parfaite par la *copula carnalis*, elle représente véritablement l'acte du Christ se faisant chair pour s'unir à l'Eglise (2). Il est évident que l'annulation du mariage pour les causes dont il s'agit, dissimule sous un autre nom, un véritable divorce (3).

Cette réserve faite, l'Eglise a toujours proclamé l'indissolubilité du mariage consommé. Cette doctrine remonte à l'interprétation du Nouveau-Testament ; les quatre évangélistes attribuent au Christ les paroles suivantes : « Erunt duo in carne unâ ; quod ergo Deus junxit homo non separet. » (Evangile selon saint Matthieu, chap. XIX, vers. 6.) Le même enseignement ressort de la première épître de saint Paul aux Corinthiens : « Iis autem qui matrimonio juncti sunt præcipio non ego, sed Domi-

1. Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, t., II, p. 338 et s.

2. Esmein, t. I, p. 66.

3. Cf. Beudant, *Cours de droit civil Français, L'Etat de capacité des personnes*, t., II, p. 4 et suiv.

nus, uxorem a viro non dissedere; quod si disseserit, manere inuptam, aut viro suo reconciliari, et vir uxorem non dimittat. » (Épître VII, X et XI.) (1).

L'Eglise a toujours consacré sous le nom de *divortium quoad torum et mensam* la séparation de corps; cette expression: *divorcio*, a été maintenue, avec cette acception restreinte de séparation de corps, dans divers Etats catholiques de l'Amérique du Sud (2).

L'admission de la séparation de corps a été formellement consacrée par le Concile de Trente; c'était le résultat de la campagne menée par la religion catholique contre le relâchement des mœurs et l'abus du divorce sous le Bas-Empire (3).

Le Concile de Trente formula le canon suivant : « Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges quoad torum seu quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit, anathema sit. » D'après le Concile de Trente, la séparation de corps pouvait être prononcée pour un temps limité ou illimité, à raison de causes multiples, fixées au nombre de trois : 1° l'adultère, *fornicatio carnalis*; 2° l'a-

1. Cf. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2^e éd., p. 21 et s..

2. Lehr, *Le mariage et le divorce en droit comparé*, p. 457.

3. Cf. M. Lefebvre, *Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 463.

postasie, ou l'hérésie de l'un des époux, *fornicatio spiritualis* ; 3° les sévices graves, *nimia saevitia* (1).

Se rattachant à cette tradition catholique, le Portugal, l'Espagne, la Pologne Russe, Monaco et Malte, l'Italie, le Mexique, le Chili, la République Argentine, la Bolivie, le Vénézuéla, la Colombie, l'Uruguay, enfin le Pérou n'admettent que la séparation de corps et excluent le divorce (2).

Dans un second système législatif, le divorce est admis pour les personnes se rattachant à une religion autre que la religion catholique ; ces personnes peuvent demander également la séparation de corps ; mais celle-ci est le seul remède réservé aux catholiques contre les unions malheureuses. Il en est ainsi, d'après le Code civil de l'Autriche, et ce système était également celui de la Hongrie, avant la réforme de 1894 (3).

D'autres pays, admettent que, suivant la confession religieuse des époux, le remède qui leur est offert au cas de désunion est, soit le divorce, soit la séparation de corps. C'est ainsi que pour les époux russes catholiques, la séparation de corps seule peut être prononcée ; au contraire, s'il s'agit d'époux russes orthodoxes grecs, le divorce est possible (4).

1. Esmein, t. II, p. 90, 94.

2. Roguin, n° 184.

3. Roguin, n° 185.

4. En ce sens, Souveroff, *Manuel de droit ecclésiastique*, Moscou, 1902, cité par Roguin, n° 187.

On rencontre la même situation en Irlande où les personnes mariées suivant le mode anglican peuvent recourir au divorce ; tandis que les catholiques romains n'ont que la faculté de demander la séparation de corps (1).

En quatrième lieu, le système qui prohibe la séparation de corps, et qui n'admet que le divorce, n'a été introduit dans certains pays que sous l'empire d'une réaction contre la religion catholique ; il en a été ainsi en France entre la Révolution et le Code civil (2). En Suisse, la loi fédérale de 1874, articles 45 et 47, repousse également la séparation de corps perpétuelle ; elle ne permet de la prononcer que pour deux ans au maximum (art. 47) ; mais elle accueille le divorce sans restriction. Seulement une modification est imminente sur ce point ; car le projet de Code civil suisse admet la séparation de corps aussi largement que le divorce.

Dans le même groupe de pays, il convient de faire entrer la plupart des Etats Nord-Américains (3), et aussi la législation de la Roumanie (4).

Enfin, les pays qui sont les plus libéraux consa-

1. Gaillard, *Les causes de divorce en législation comparée*, p. 177.

2. Cf. Taine, t. II, p. 102.

3. Roguin, n° 195.

4. Alexandresco, *Droit civil de la Roumanie*, p. 108 et 113.

crent à la fois la séparation de corps et le divorce pour tout le monde. Il en est ainsi en France et en Belgique, et aussi en Allemagne. C'est ainsi que le paragraphe 1575 du Code civil allemand décide que « l'époux, qui a le droit d'actionner en divorce, peut, au lieu de demander le divorce, demander la suspension de la vie conjugale. Si l'autre époux, pour le cas où la demande du premier serait fondée, réclame que le mariage soit rompu par le divorce, il y a lieu de prononcer celui-ci ». Donc l'époux demandeur peut choisir entre la séparation de corps et le divorce ; si celui-ci a demandé d'abord le divorce, il peut transformer son action en demande de séparation.

A l'imitation des pays qui précèdent, la Grèce, la Hongrie, le Danemark, la Norvège et l'Angleterre connaissent à la fois le divorce et la séparation de corps (1).

Ce qu'on peut déduire de cette revue rapide, c'est que l'évolution législative est incontestablement en faveur de la génération du divorce, et aussi de l'admission parallèle de la séparation de corps ; c'est là, du moins, l'état actuel de la législation des trois pays qui sont à la tête de la civilisation contemporaine (l'Angleterre depuis 1857 ; la France depuis 1884 ; et l'Allemagne depuis 1900).

1. Divorce, act de 1857.

En France, l'histoire du divorce dans les temps modernes se divise en quatre phases successives : 1^o Ce fut par la loi du 20 septembre 1792 que le divorce fut introduit dans la pratique française. Cette loi admet le divorce pour deux causes : le divorce par consentement mutuel résultant d'une simple déclaration, sans motifs allégués ; et le divorce par la volonté d'un seul, qui peut-être fondé sur sept causes différentes : la simple allégation d'incompatibilité d'humeur et de caractère ; la démence de l'un des époux ; la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives infamantes ; les crimes, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; le dérèglement de mœurs notoire ; l'abandon de la femme par le mari, ou du mari par la femme pendant deux ans, au moins ; l'absence de l'un d'eux sans nouvelles, au moins pendant cinq ans ; l'émigration.

Mais la loi de 1792 proscriit la séparation de corps, soit par réaction contre le droit canonique, soit à cause de son infériorité sur le divorce, dont elle présente tous les inconvénients sans en réunir les avantages.

2^o Le Code civil maintient le divorce et il rétablit en même temps la séparation de corps. Seulement si le divorce avait été introduit par la loi de 1792 au nom de la liberté individuelle, il n'est maintenu en 1804 que comme un remède extrême à des situa-

tions exceptionnelles, et il n'est autorisé que pour des causes limitées. Le Code admet d'abord le divorce pour trois causes déterminées : l'adultère, les excès, sévices ou injures graves, enfin la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (art. 229 à 232). A côté, le divorce par consentement mutuel est permis par la loi (art. 233) ; mais il est entouré de tant de formalités (art. 275 à 294) qu'il devient à peu près impossible de l'obtenir, et il est considéré en définitive comme le moyen le plus propre à ne pas divulguer au grand jour les causes les plus graves de désunion entre les époux.

Quant à la séparation de corps, elle est rétablie en 1804, pour les mêmes causes qu'en cas de divorce, sauf pour consentement mutuel (art. 207) ;

3° La loi du 8 mai 1816 abolit le divorce, ne laissant subsister que la séparation de corps comme le seul moyen de porter remède aux unions malheureuses ;

4° Enfin, la loi du 27 juillet 1884 abroge la loi de 1816 ; mais elle ne constitue ni un simple retour au Code civil de 1801, ni la reproduction du système admis en 1792. L'ancien divorce par consentement mutuel est écarté, et la loi de 1884 ne connaît plus que ce que le Code civil appelait le divorce pour causes déterminées, c'est-à-dire demandé par l'un des époux contre l'autre, et les causes qui peuvent motiver le divorce sont réduites à trois : 1° l'a-

dultère de l'un des époux ; 2° les excès, sévices ou injures graves ; 3° la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante.

Lorsqu'on examine l'accueil qui a été réservé au divorce par l'opinion, on est immédiatement frappé de l'extension extraordinaire prise par le nombre annuel de divorces. La statistique établit que le nombre des divorces est passé de 4.123 en 1885, à 11.088 en 1902 (1). Le nombre des jugements de divorce qui, pour la période comprise entre 1896 et 1900, n'était que de 27 pour 1.000 mariages, s'est élevé à 37 pour 1.000 en 1902 ; cette marche ascendante s'est aggravée avec tant de rapidité qu'on arrive actuellement à Paris à un jugement de divorce pour 10 mariages ; les publicistes se montrent légitimement inquiets des conséquences d'une pareille situation ; et, il en est qui trouvent que le législateur est allé beaucoup trop loin en 1884 (2).

1. Cf. Le Rapport sur l'extension des causes du divorce, présenté à la Société d'études législatives, par M. Tissier. Bul. de cette Société, 1906, p. 117 et s.

2. Cf. Morisot-Thibaut, *La femme et le divorce*. Réforme sociale, 1901, p. 194. — H. Joly, *La crise du mariage*. Réforme sociale, 1904, p. 413. — Legrand, *Les résultats de la loi du divorce*. Séances de l'Académie des sciences morales et politiques, 1902, t. 158 — Anatole Leroy-Beaulieu, *Réforme sociale*, 1903, p. 184 — Albert Sorel, *Introduction au Livre du centenaire du Code civil*, p. 37 : « La jurisprudence, plus que la législation, a multiplié les divorces au delà de toute attente, et elle a mis la

Si les divorces deviennent plus fréquents, c'est que les magistrats, surtout dans les grandes villes, accueillent les demandes de divorce avec une facilité sans cesse grandissante. Dès 1885, 84 demandes en divorce sur 106 étaient accueillies par les tribunaux ; les statistiques dressées par l'administration de la justice pendant les dernières années montrent que le mouvement ascensionnel se poursuit d'une façon continue. En 1902, 2.771 demandes ont été prises en considération sur 3.059 formulées à Paris. D'une manière générale, observe M. Tissier, les statistiques les plus récentes attestent qu'en France, plus des neuf dixièmes des demandes en divorce aboutissent à un jugement favorable. Et cependant le législateur de 1884 avait présenté le divorce comme une institution qui ne fonctionnerait que rarement et dans des cas exceptionnels. « Les magistrats, avait dit M. de Mar-

banalité et l'abus là où les auteurs de la réforme n'avaient cherché que la réparation de misères exceptionnelles. Les conséquences, en moins d'un quart de siècle, semblent désastreuses ; et c'est seulement se montrer prévoyant que de redouter, de ce relâchement de la jurisprudence, un retour au temps du Directoire, au scandale de ces divorces continuels, qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué... Très vite, la réaction s'est faite au spectacle des troubles infinis des misères et déceptions sans nombre des libérés sans foyer, des naufragés, des désemparés en eux-mêmes, en leur famille, en leurs enfants, des victimes enfin, volontaires ou inconscientes, du divorce. »

cère (1), sont maîtres des effets que la loi du divorce peut produire dans les mœurs. Ils l'appliqueront dans l'esprit où elle a été faite, et, loin de provoquer à la dissolution des mariages par des complaisances qui seraient un manquement à leur devoir, ils se montreront ce qu'ils doivent être, les défenseurs de la société et de la famille et ils ne prononceront le divorce que dans les circonstances extrêmes pour lesquelles le législateur aura réservé un recours, qui, à ses yeux, n'a rien de favorable. » Ce fut grâce à des assurances de cette nature que la loi de 1884 fut votée ; on y voyait un remède à des infortunes extrêmes, mais non un danger possible contre la stabilité du mariage. Or, il se trouve que l'expérience des années a complètement démenti les prévisions du législateur ; et cette institution, dont on attendait les bienfaits les plus divers, se répand avec une telle facilité qu'il est permis de se demander si à l'heure actuelle, elle ne se transforme pas en un danger social.

Si le divorce est de nature à produire des conséquences souvent malheureuses, c'est surtout dans la classe ouvrière. Or, si le divorce a rapidement progressé, et s'il s'est multiplié d'une manière inquiétante dans ces dernières années, c'est principalement dans les classes déshéritées qu'il s'est répandu. Pour les propriétaires et les rentiers, l'accroissement n'est

1. Séance du Sénat du 14 mars 1882.

pas très considérable : 771 en 1885, contre 864 en 1889 ; une aggravation plus sensible se constate déjà pour les commerçants et les industriels : 1.258 divorces en 1899, contre 930 en 1885. Mais c'est dans les ménages ouvriers que le divorce gagne de plus en plus du terrain ; 1.666 en 1885, 4.890 en 1899. Or, il n'est pas douteux que c'est dans les classes pauvres que la rupture du lien familial produit, soit en ce qui concerne la femme, soit à l'égard des enfants, les effets les plus désastreux (1).

Il semble bien que c'est à l'Assistance judiciaire qu'incombe la responsabilité de cet accroissement du nombre des divorces dans les classes déshéritées. Dans son article précité, M. Legrand déclare que la responsabilité de l'assistance judiciaire est attestée par les statistiques du compte général de la justice civile. Pendant l'année 1900, 22.670 requêtes tendant à obtenir le divorce ont été examinées par les bureaux d'assistance judiciaire établis auprès du tribunal civil de la Seine. Sur ce nombre, 6.970 seulement ont été rejetées, 9.925 ont été accueillies, 5.575 ont été l'objet d'autres solutions ou ont été ajournées. Cet examen montre que les praticiens, chargés de statuer sur les demandes d'assistance judiciaire formulées à l'occasion de procès en divorce, accordent

1. Cf. de Riberolles, *Du divorce par consentement mutuel*. Th. Paris, 1904, p. 113.

facilement les immunités réclamées, et, comme ils ont vérifié les motifs qui peuvent militer en faveur de la demande, on peut dire que leur décision constitue fréquemment un préjugé de la solution qui sera admise par le tribunal. Il est intéressant de constater, en présence de cette statistique française, que les juges allemands se montrent plus sévères pour accorder le divorce ; ils ne le prononcent que soixante-cinq à soixante-dix fois pour cent (1).

Après avoir constaté l'accroissement considérable pris par le divorce depuis la promulgation de la loi de 1884, il nous faut examiner comment la jurisprudence a interprété les dispositions de cette loi, prévoyant les causes du divorce.

En ce qui concerne d'abord la condamnation à une peine afflictive ou infamante, qui a été justifiée comme cause de divorce, par le motif qu'il serait inique que l'époux d'un individu ayant subi la flétrissure d'une condamnation sévère fût obligé de partager par contre-coup cette flétrissure (2), la jurisprudence admet volontiers l'application large de ce texte. Elle a décidé notamment que l'article 232 visait même les condamnations prononcées pour mise en réforme d'un officier (3) et elle n'en a pas

1. Tissier, *loc. cit.*, p. 189.

2. Curet. *Code du divorce et de la séparation de corps*, 2^e éd., 1893, p. 44.

3. Trib. civ. de Perpignan, 1893, *Le Droit* du 17 mars 1894.

limité la portée aux condamnations pour crimes de droit commun.

Il y a là une orientation trop hardie, car les fautes professionnelles ne supposent pas nécessairement l'intention arrêtée de se mal conduire vis-à-vis de son conjoint.

Relativement à l'adultère, la loi de 1884 a placé sur le même pied le mari et la femme. Sur cette cause de divorce, la jurisprudence se montre très large pour l'admission de la preuve de l'adultère ; on sait, notamment que, de droit commun, les lettres missives sont la propriété du destinataire et qu'elles ne peuvent être produites en justice sans le consentement de ce dernier (1). Au contraire, en matière de divorce et de séparation de corps, les tribunaux cherchent le plus possible à étendre les moyens de preuve ; et ils admettent la production de lettres même confidentielles, sans le consentement de l'expéditeur. C'est ainsi que l'on a reconnu au mari le droit de se prévaloir de lettres écrites à sa femme, pour établir la preuve de l'adultère commis par celle-ci, à la condition toutefois qu'il ne se les soit pas procurées par des moyens indéliçats ou déloyaux (2).

1. Cf. note de M. Appert, dans S. 99.4.9.

2. Tribunal de Charleroi, 28 mars 1899, *Pand.* 1901.5.4.
— Cass. Req., 5 février 1900. S. 1901.1.17, note de M. Naquet.
D. 1901.1.45.

Les condamnations à une peine infamante et afflictive et l'adultère sont des causes péremptoires de divorce, c'est-à-dire des faits qui ont été spécialement prévus par la loi comme entraînant le divorce, de telle sorte que les tribunaux n'ont qu'un point à rechercher : savoir si le fait invoqué a été ou non commis. Cependant, même sur ces questions qui paraissent échapper à toute controverse, les juges sont arrivés à s'éloigner de ce qui fut l'esprit initial du législateur, et à rompre le mariage avec une facilité que n'avait pas prévue la loi. Le législateur de 1884 avait pensé qu'au cas où l'un des époux encourrait une peine afflictive ou infamante, la vie commune deviendrait impossible, et il en a fait une cause péremptoire de divorce. Nous avons vu que la jurisprudence a étendu cette solution en dehors des condamnations pour infraction de droit commun. Mais c'est surtout en ce qui concerne les excès, sévices ou injures graves, que la jurisprudence s'est donné libre carrière. Loin de tenir compte du désir, maintes fois exprimé par le législateur de 1884, de voir le divorce relégué au rang de remède suprême, les juges ont usé de toute leur liberté d'appréciation relativement à ces causes facultatives de divorce. Ils ont admis comme motifs de rupture, à côté des indications précises émanant du législateur, toute une sorte de faits indéterminés, souvent sans rapport bien direct avec le mariage et ses devoirs.

Cette jurisprudence s'est élaborée surtout sur l'extension de la notion d'injure, qui est la cause la plus élastique et la plus pratique de divorce. L'absence de toute définition légale de ce qu'il faut entendre par injure, permet aux parties de saisir la justice, sauf aux tribunaux à apprécier le caractère des faits invoqués. Et les cours d'appel, à qui il appartient souverainement et en dernier ressort de statuer en fait (1), ont encouragé les parties, en admettant très généralement les demandes formées par celles-ci. Etant donné que l'attribution à un acte du caractère injurieux ou non injurieux, vis-à-vis du conjoint, est une pure question de fait, il est impossible de tracer ici des principes généraux : on ne peut que se borner à étudier les tendances les plus habituelles de la jurisprudence. Dans l'acception ordinaire, dans son sens usuel et courant, le mot injure désigne des paroles, des écrits, des actes de nature à blesser celui à qui ils sont adressés, à l'atteindre dans son honneur, dans la considération dont il jouit. L'injure suppose visée la personne atteinte, et, par conséquent, un élément intentionnel. On trouve d'innombrables exemples de l'injure ainsi comprise dans les arrêts et les jugements. Le rôle du juge consiste à apprécier, suivant les circonstances ou le milieu social auxquels appartiennent les conjoints, s'il y a

1. Cass. Req., 2 juin 1890. *Gaz. Pal.*, 22 juin 1890.

gravité suffisante de l'injure pour entraîner le divorce (1).

Mais, à côté de cette première catégorie d'injures, pour lesquelles aucun doute n'est possible, parce qu'il y a ce qu'on peut appeler une injure directe, c'est-à-dire le volonté d'atteindre le conjoint, parce que cette atteinte à l'honneur du conjoint est le but poursuivi à titre principal et même unique, n'y a-t-il pas une seconde catégorie d'injures que l'on peut qualifier d'indirectes ? Souvent l'auteur de l'acte n'a pas eu l'intention de nuire à son conjoint ; la pensée ne lui est peut-être pas venue que sa conduite pourrait être préjudiciable à celui qu'il a associé à son existence ; celui-ci n'est atteint que par ricochet et que par contre-coup, parce que l'honneur de l'auteur de l'acte se trouve entaché et que la solidarité du mariage veut que le déshonneur rejaillisse sur l'époux innocent. Existe-t-il alors une cause suffisante de divorce ? Peut-on, sans fausser le sens des mots, admettre que le législateur a accepté une double notion de l'injure : l'injure subjective, dans laquelle intervient l'élément intentionnel, et l'injure objective, qui serait constituée par l'effet produit en dehors de toute recherche d'intention.

Il existe à cet égard, deux courants, dans la jurisprudence, l'un favorable à la notion restrictive de

1. Cf. Beudant, t. II, p. 33.

l'injure, l'autre admettant la conception extensive ; l'un s'attachant aux intentions de l'auteur de l'acte considéré comme injurieux, l'autre ne considérant que les résultats produits. Cette seconde compréhension de l'injure est de beaucoup la plus répandue ; c'est celle que consacrent les arrêts les plus nombreux. La jurisprudence a attaché le caractère injurieux à des faits absolument étrangers à la vie conjugale. Il est facile de s'en convaincre en parcourant les espèces les plus curieuses rapportées dans les recueils d'arrêts. C'est ainsi que la condamnation correctionnelle de l'un des époux pour abus de confiance (1), ou pour vol (2), a été considérée comme une injure grave à l'égard du conjoint. Le tribunal de la Seine regarde même comme une injure suffisante l'éventualité d'une condamnation : « Commet à l'égard de la femme une injure grave de nature à entraîner le divorce, le mari qui, étant percepteur, détourne des titres de rente et des sommes d'argent à lui confiées, et s'expose par là à apporter le trouble et le déshonneur dans son ménage » (3). Le caractère commun de ces diverses solutions, c'est qu'elles font abstraction de l'élément intentionnel dans la conception de l'injure. Et il n'y aurait pas de raison

1. Trib. Toulouse, 5 juillet 1886. *Gaz. Pal.*, 86. 2. 461.

2. Cambrai, 16 juin 1887. *La Loi* du 2 août 1887.

3. Jugement. Trib. Seine, 2 juin 1890. *Gaz. Pal.*, 1890. 2. 56

pour refuser d'étendre l'application de ce système au cas de révocation de fonctionnaire ou de destitution d'un officier ministériel. L'élément intentionnel apparaît comme nettement exclu de la notion d'injure ainsi comprise.

Mais il reste à se demander si cette conception a bien été celle du législateur de 1884. Est-il exact qu'il ait répudié toute recherche intentionnelle pour déterminer le cercle des actes injurieux ? Il semble que non ; l'esprit dans lequel a été votée la loi de 1884, dont les travaux préparatoires nous montrent le divorce comme ne constituant qu'un remède exceptionnel, indique que l'injure grave aurait dû être comprise dans son sens strict. On ne doit pas en douter, si l'on se reporte au discours précité de M. de Marcère : « Les magistrats ne prononceront le divorce que dans les circonstances extrêmes pour lesquelles le législateur aura réservé un recours qui, à ses yeux, n'a rien de favorable » (1). Il semble qu'au lieu d'invoquer la qualité d'époux pour justifier le divorce et expliquer comment la faute de l'un nuit à l'honneur de l'autre, il serait plus conforme à la qualité d'époux de ne pas abandonner le coupable au moment où la faute a été commise. Le devoir de l'autre conjoint serait plutôt de ramener

1. Cf. Coulon, *Du divorce et de la séparation de corps*, t. II, p. 136 et s.

dans la bonne voie celui qui a momentanément méconnu les règles de l'honneur. De même que les époux doivent supporter ensemble leurs malheurs physiques, ne doivent-ils pas aussi se prêter appui contre les infortunes ou les déchéances morales ? « Le mariage, déclare excellemment M. Boistel, est une collaboration essentiellement volontaire, acceptée très généralement avec bonheur, du moins au début, sous l'influence du sentiment si profond de l'amour, obligatoire toujours en vertu de l'engagement pris, et exigeant pour toute la vie le concours actif de toutes les puissances de la nature, malgré les obstacles que peuvent susciter les difficultés de la vie et les désillusions » (1).

Cependant la jurisprudence est d'un avis contraire ; un arrêt de Toulouse du 31 décembre 1888, déclare que le mariage entraîne une solidarité d'honneur et de devoir : donc l'un des époux ne peut encourir une flétrissure, sans que celle-ci s'étende au conjoint, vis-à-vis duquel elle constitue dès lors la plus grave des injures (2).

Etant entrés dans cette voie, les tribunaux sont forcément amenés à rechercher si la condamnation prononcée emporte flétrissure, et, pour le savoir,

1. *Loc. cit.*, p. 66.

2. Arrêt du 31 décembre 1888, S. 88. 2. 61 ; D. 90. 2. 104. — Cf. même Cour de Toulouse, 7 juillet 1886 ; D. 88. 2. 52 ; S. 86. 2. 209.

ils doivent examiner la nature du fait qui a occasionné la poursuite. Il n'y aurait pas flétrissure assurément, en cas de condamnation correctionnelle pour délit de chasse ou de pêche ; mais, sous le bénéfice de cette réserve, la jurisprudence pose en principe que, partout où la condamnation entraîne le déshonneur, il y a atteinte à la réputation de l'autre conjoint et divorce possible de ce fait.

Ce qui a pu donner une certaine apparence de solidité à cette thèse jurisprudentielle, c'est qu'elle a invoqué à son appui les travaux préparatoires de la loi de 1884 (1).

Il suffit, affirme le tribunal, de se reporter aux débats de la loi de 1884, pour se convaincre que le législateur a voulu autoriser les tribunaux à voir dans les condamnations correctionnelles quelconques, une cause de divorce. Mais il est permis de douter de l'exactitude de cet argument, quand on consulte les travaux préparatoires : l'article 231, visé par la Chambre des députés, spécifiait expressément, à côté des excès, sévices et injures graves, certaines condamnations correctionnelles limitativement énumérées : pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche, comme aussi toute condam-

1. Cf. notamment la référence indiquée, dans un jugement de Castelnaudary, du 13 août 1885. *Pand.*, 87. 2. 185.

nation correctionnelle prononcée par les cours d'assises. Mais, au Sénat, le passage visant les condamnations correctionnelles ne fut pas inséré dans la loi; il semble, par là, que les condamnations de cette nature ne rentrent pas dans la notion d'injure. En réalité, l'affirmation du tribunal de Castelnaudary repose sur un passage du rapport de M. Letellier, qui, commentant les conséquences de la suppression faite par le Sénat des condamnations correctionnelles dans l'article 231, s'exprimait de la manière suivante : « Nous regrettons cette disposition, qui est réclamée depuis bien longtemps et que la raison semblait commander ; la solution du Sénat ne nous a pas cependant paru sans remède ; nous demeurons convaincus, que dans l'immense majorité des cas, les tribunaux considéreront l'infamie du fait de l'un des époux comme une injure grave envers l'autre et prononceront le divorce (1). » Cette déclaration de M. Letellier doit être rapprochée des observations qu'il présentait le 22 mai 1882 à la Chambre des députés pour obtenir l'insertion expresse des condamnations correctionnelles dans l'article 231. A cette époque, il considérait la condamnation correctionnelle comme ne pouvant pas rentrer dans la catégorie d'injure, et il s'en expliquait très nettement : « les excès, sévices, injures graves,

1. S. 84. *Lois annotées*, p. 659.

ont trait à des faits personnels aux époux, à leurs rapports communs ; il faut un sévice commis de l'un envers l'autre, une injure grave de l'un contre l'autre, pour qu'il y ait action en divorce.

« Nous avons considéré qu'à côté de ces rapports personnels entre époux, il pouvait exister des causes de divorce provenant de faits non personnels à l'un ou l'autre époux. Ainsi, une condamnation correctionnelle est le résultat d'un fait qui ne concerne pas les rapports mutuels des époux. Ces derniers faits peuvent avoir appelé sur l'un des conjoints une déconsidération que nous n'avons pas voulu laisser peser sur l'autre » (1).

Ce passage semble consacrer, de la manière la plus formelle, une distinction très nette entre l'injure et la condamnation correctionnelle ; or, la mention des condamnations correctionnelles n'a pas subsisté dans la rédaction définitive de l'article 231. Mais à aucune époque il n'a été question de les considérer comme des injures, et cette constatation permet d'infirmer singulièrement la valeur des déclarations qui furent faites deux ans plus tard par M. Letellier devant le Sénat. D'ailleurs, M. Naquet a déclaré de la façon la plus explicite que les condamnations correctionnelles ne pourraient être con-

1. Ch. des Dép., Séance du 8 mai 1882, *J. Off.*, Ch. Session ordinaire, 1882, p. 71.

sidérées comme des injures graves que par un abus flagrant d'interprétation (1).

Donc, les travaux préparatoires, loin de pouvoir être invoqués à l'appui des décisions du tribunal de Castelnaudary ou de la Cour de Toulouse, leur sont absolument opposés.

Il est vrai qu'on a prétendu que la jurisprudence antérieure à 1884 était fixée déjà dans le sens invoqué à propos du divorce par la Cour de Toulouse ; mais cette affirmation elle-même demande à être vérifiée. Si les espèces antérieures à 1884 avaient été étudiées de plus près, on n'aurait pas soutenu que la jurisprudence était solidement établie dans le sens que l'on indique. On s'est attaché à la condamnation correctionnelle, et l'on a cru qu'elle avait été la véritable cause des séparations prononcées ; or, il aurait fallu distinguer entre les faits ayant motivé les condamnations en correctionnelle. Sans doute, s'il s'agit d'un attentat aux mœurs, ou d'excitation ordinaire de mineurs à la débauche, il est inutile de distinguer, au point de vue de l'injure, entre la flétrissure résultant de la condamnation et celle qui s'attachait à la conduite antérieure de l'époux. Mais, si le fait qui entraîne la condamnation est d'un ordre différent, il devient alors important d'affirmer que la cause du divorce n'est pas dans la condam-

1. Séance du 8 mai 1882. *J. Off.*, Ch. Ses. ord., p. 72.

nation ; car, si elle ne peut résider dans le fait incriminé, le divorce est impossible. La jurisprudence, s'attachant à la seule condamnation, a perdu cette distinction fondamentale de vue, et elle a rendu de nombreuses décisions, des plus critiquables à notre avis, dans lesquelles les faits incriminés n'offrent aucun rapport avec le mariage. Ainsi le divorce peut résulter de condamnations correctionnelles pour escroquerie, détournements, abus de confiance, filouterie d'aliments (1) ; de condamnations correctionnelles pour coups et blessures portées par l'un des époux à sa mère (2) ; d'une condamnation de la femme pour mauvais traitements vis-à-vis de l'un de ses enfants (3) ; d'une condamnation du mari pour détournement vis-à-vis de ses patrons, avec cette circonstance spéciale, il est vrai, que la femme, impliquée dans les poursuites, avait subi une détention préventive d'un mois (4). La jurisprudence est allée ainsi très loin dans cette voie, parce qu'elle a perdu de vue la portée exacte des travaux préparatoires ; elle a fondé son œuvre sur la prétendue thèse de la solidarité d'honneur, abstraction faite de

1. Trib. Toulouse, 7 juillet 1886. D. 88. 2. 52.

2. Trib. Die, 10 nov. 1887. *Gaz.* 87. 2. 669. — Cf. encore Trib. Cambrai, 16 juin 1887. V. *La Loi* du 2 août 1887, et Coulommiers, 1^{er} juillet 1892. *La Loi* du 13 août 1892, vol.

3. Seine, 31 mars 1890. *La Loi* du 28 mai 1890.

4. Trib. Grenoble, 5 juillet 1892. *Gaz. Pal.*, 93. 2. 369.

la cause qui a motivé la condamnation prononcée.

Une des questions les plus discutées est celle de savoir si les actes antérieurs au mariage, et qui sont de nature à porter atteinte à la considération de l'époux auquel ils ont été cachés, tels que l'inconduite de la femme, son état de grossesse, son inscription sur les registres de la police comme fille publique, une condamnation infamante, peuvent constituer une injure grave et motiver le divorce. Lorsque l'autre conjoint est demeuré dans l'ignorance de la situation antérieure de celui qu'il vient d'épouser, et qu'il apprend plus tard la vérité, peut-il intenter une action en divorce, en se fondant sur l'acte entachant l'honneur, qui a été commis avant le mariage ? Il existe ; à ce point de vue, des opinions divergentes.

En premier lieu, il a été soutenu d'une façon absolue que l'injure grave peut résulter de faits antérieurs au mariage : « Le premier caractère du fait qui constitue l'injure grave, écrit M. Frémont, c'est que la circonstance qu'il a été accompli même avant la célébration du mariage, ne lui enlève point sa nature d'injure grave, bien que, dans ce cas, on ne puisse, à proprement parler, le considérer comme une infraction à la foi conjugale et aux lois du mariage » (1). Il a été jugé dans ce sens, que cons-

1. *Du divorce*, n° 80.

titue une injure grave suffisante pour motiver le divorce, le fait de se marier, lorsqu'on s'est précédemment rendu coupable de délits pouvant entraîner une condamnation, alors même que les poursuites et la condamnation sont postérieures à la célébration du mariage (1) : Un jugement de Lyon du 27 février 1892, dont les considérants sont très importants, statue, sans doute, dans le sens de l'irrecevabilité des faits antérieurs ; mais il apporte à sa décision de telles restrictions qu'il semble en résulter que les juges auraient reconnu le caractère d'injure grave à la dissimulation de l'impuissance (2) ; la même doctrine est contenue dans une autre jugement de même tribunal : « Si les fautes des époux antérieures au mariage ne peuvent, en principe, servir de base à une action en divorce, il en est autrement lorsque ces fautes sont de nature à entraîner des conséquences injurieuses pour l'autre époux au cours même du mariage (3). »

Un second système ne va pas aussi loin dans cette voie ; il s'appuie sur l'article 231, qui parle d'époux et il considère que les faits antérieurs au mariage ne peuvent être regardés comme des injures graves, que

1. Trib. Seine, 14 janvier 1889. *Le Droit* du 8 mars 1889.

2. *La Loi* du 28 avril 1892.

3. Lyon, 4 août 1891, D. 92. 2. 219. Cf. — Trib. Seine, 10 août 1892. S. 93. 2. 242. Trib. Bar-sur-Aube, 6 déc. 1902, *Pand.*, 1904. 2. 302.

s'ils ont été dissimulés au conjoint. L'injure est alors contemporaine du mariage, et elle résulte de la dissimulation qui a précédé le mariage, et qui s'est prolongée depuis (1). Cette doctrine a triomphé parfois dans la jurisprudence ; il a été jugé que le fait, par un prêtre, de dissimuler son état ecclésiastique à une jeune fille pour l'amener à consentir au mariage, constitue une injure grave, suffisante pour autoriser celle-ci à demander le divorce (2). De même, on a vu une injure grave, dans le fait que la femme était, avant son mariage, inscrite comme fille publique sur les registres de la police, et n'avait pas révélé cette circonstance à son futur conjoint (3). De même commet une injure grave, de nature à entraîner le divorce, la femme qui, après le mariage, persiste dans la dissimulation à son mari de l'état de grossesse où elle se trouvait au moment de l'union conjugale (4).

Enfin, une troisième opinion admet, sans distinguer selon qu'ils ont été dissimulés ou non, que les

1. *Sic* : Demolombe. *Cours de Code civil*, t. IV, n° 392.

2. Trib. Seine, 19 mai 1898, 1889. *Le Droit* du 20 mai 1889

3. Paris, 25 mai 1887. *Pal.* 27. 1. 536.

4. Trib. Seine, 31 mars 1890, *Pand.* 90. 2., 184. Voir toutefois *contrà*, Trib. Cambrai, 28 mars 1888. *Pand.* 88. 2. 253. D. 88. 5. 165. — Cf. dans le sens que les faits antérieurs non dissimulés ne sont pas une injure justifiant le divorce. Cour de Dijon, 19 février 1890. S. 90. 2. 111. — Trib. Seine, 16 nov. 1892. *Le Droit* du 21 déc. 1892.

faits antérieurs au mariage ne peuvent constituer une cause de divorce. Indépendamment de l'argument tiré du texte de l'article 231, cette décision est commandée par la logique même. Il ne saurait y avoir de violation d'un devoir antérieurement au contrat qui l'a imposé ; comment peut-on soutenir que celui qui n'est pas marié manque à ses engagements d'époux ? Une faute commise avant le mariage ne saurait équivaloir à une infraction aux obligations que le mariage engendre entre les époux (1). D'assez nombreux arrêts se sont également prononcés en ce sens (2).

Il reste à demander laquelle de ces trois opinions est la plus conforme à l'esprit de la loi de 1884. Il semble que, si la jurisprudence avait envisagé ici l'injure comme précédemment, elle aurait dû décider encore que, ce qui est insupportable au conjoint, c'est de se sentir lié à un individu taré, de penser que le déshonneur qui atteint le coupable rejaillit sur l'innocent. Que le fait contraire à l'honneur se

1 Sic : Laurent. *Principes de droit civil*, t. III, n° 192. — Aubry et Rau. *Cours de droit civil*, t. V, p. 491. — Demante et Colmet de Santerre. *Cours de Code civil*, t. I, n° 324 bis, VI. — Curet. *Code du divorce*, n° 33. — Huc. *Commentaire du Code civil*, t. II, n° 194. — Beudant. *Cours de droit civil, L'état des personnes*, t. II, n° 399.

2. Cf. Seine, 27 juillet 1888. *Pand* 89. 2. 27. — Cambrai, 28 mars 1888. D. 88. 5. 165.

soit produit avant ou après l'union conjugale, le résultat est toujours invariable : l'acte de l'époux coupable porte un préjudice grave à la réputation et à la considération dont jouit l'autre conjoint. Mais si l'on se place, au contraire, au point de vue de l'élément intentionnel, on ne le découvre plus à l'égard des faits antérieurs au mariage. Il est évident que celui qui n'est pas encore marié n'est animé d'aucune intention injurieuse à l'égard de son futur conjoint, quand il commet un acte répréhensible.

L'injure suppose nécessairement un fait postérieur au mariage, si on attribue à l'injure un caractère intentionnel (1).

C'est en se fondant sur cette considération, que de nombreuses décisions ont refusé d'admettre que des faits antérieurs au mariage puissent constituer des causes de divorces, et il nous semble que les tribunaux qui ont rendu ces décisions sont dans la vérité.

Il est incontestable que la majorité de la jurisprudence actuelle accomplit une œuvre de sagesse, en repoussant l'admission des faits antérieurs au mariage comme cause de divorce. Si l'opinion contraire devait prédominer, un nombre considérable d'unions seraient ébranlées. En effet, surtout dans les classes pauvres, beaucoup n'arrivent au mariage qu'après

1. Cf. M. Hitier. *L'évolution de la jurisprudence en matière de divorce*, 1893, p. 36 et s.

un passé plus ou moins aventureux ; et, comment peut-on sérieusement taxer d'injure le fait d'avoir dissimulé une faute antérieure, si l'époux ne s'est marié que pour racheter sa vie d'autrefois, et pour nous rentrer désormais dans la voie d'honnêteté ? Il serait inhumain d'adopter une solution contraire, et de condamner beaucoup de malheureux à traîner leur existence dans le vice.

Toutefois, il est curieux de remarquer que la jurisprudence n'arrive à cette solution (l'exclusion des faits antérieurs comme cause de divorce), qu'en sacrifiant sa théorie traditionnelle de l'injure. Elle décide couramment, à propos des faits postérieurs au mariage, que l'injure s'apprécie d'après les résultats produits par l'acte incriminé. Si elle conservait le même critérium à l'égard des faits antérieurs au mariage, elle devrait décider que tous ceux qui sont de nature à nuire au conjoint sont à classer dans la catégorie des injures. La jurisprudence a dû revenir sur sa théorie fondamentale de l'injure, pour des raisons humanitaires d'un ordre impérieux ; mais ce revirement montre du même coup la fragilité de la base sur laquelle elle a édifié sa théorie. Et la thèse de l'injure envisagée dans les seuls résultats de l'acte devient tout entière condamnable.

Quoi qu'il en soit, il est incontestable que la jurisprudence est plutôt favorable au divorce ; les extensions incessantes données à la notion d'injure

en sont la preuve manifeste. Tel n'était pas cependant le vœu du législateur de 1884. Mais, il faut bien l'avouer, la marche suivie par la jurisprudence a été conforme au courant de l'opinion publique ; c'est dans l'état social actuel que l'on doit chercher les causes profondes de cette propagation du divorce. Aucune hostilité n'a été manifestée à l'égard de ceux qui ont usé du divorce. On n'a constaté nulle part un parti pris de leur fermer l'accès de certains salons, ou des cercles les plus intransigeants. Dans l'*Economiste Français* du 3 octobre 1891, on trouve d'intéressantes observations, sous la plume de M. Georges Michel : « Nous n'étions pas éloignés de croire que le souci des convenances, la crainte du qu'en-dira-t-on, et cent autres considérations indéfinissables opposeraient une digue sérieuse aux progrès de la législation Naquet. Nous pensions que, dans un pays de tradition comme la France, un homme divorcé, et surtout une femme, subirait une sorte de *capitis deminutio*, un déclassement social, qui ferait hésiter les plus déterminés. Les événements n'ont pas précisément confirmé nos prévisions. » Il est évident que si la jurisprudence s'était trouvée en face d'une société de mœurs plus austères et impitoyable contre le divorce elle n'aurait pas manifesté les mêmes tendances. La jurisprudence ne s'est orientée dans la voie, où elle s'engage plus résolument chaque jour,

que parce qu'elle se savait appuyée par l'opinion publique.

Il y a plus, non seulement l'esprit public contemporain n'est pas effrayé par la proportion toujours croissante des divorces, mais il trouve que le législateur de 1884 n'est pas encore allé assez loin, quant aux moyens qu'il offre de rompre le lien conjugal. Et, parmi la majorité des penseurs, des philosophes et des jurisconsultes, il se dessine un nouveau courant en faveur d'une extension des causes du divorce, la loi de 1884 paraissant insuffisante à cet égard.

Ce n'est pas seulement en France, c'est aussi à l'étranger que le divorce tend à se développer. A cet égard, on peut distinguer : 1° les causes générales de divorce, admises dans presque toutes les législations ; 2° les causes qui ne sont admises que dans un petit groupe de pays (1).

I. — Il y a des causes déterminées de divorce qui sont admises par presque toutes les législations :

1° C'est, en premier lieu, l'adultère qui figure en tête de ces causes. Dans certains cas, l'adultère de la femme est seul pris en considération, l'adultère du mari ne comptant pas pour le divorce. Telle était la théorie de l'ancien droit français. « L'adultère du mari n'était jamais une cause de séparation d'habitation, et cette différence avec l'adultère de

1. Roguin, p. 289 et suiv.

la femme était motivée soit par les conséquences plus graves de l'adultère de la femme, soit parce que, disait-on, la femme, qui est une inférieure, ne doit pas avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur (1). M. Planiol rapporte que le mari de la femme adultère pouvait intenter contre elle une action criminelle, qui aboutissait à la faire enfermer dans un monastère, par application d'une Novelle de Justinien. Au bout de deux ans, si son mari ne consentait pas à la reprendre, elle était rasée et elle restait au couvent toute sa vie ; on la déclarait en même temps déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales (2). M. Esmein établit d'ailleurs que l'inégalité entre le mari et la femme adultère était contraire à l'enseignement de certains Pères de l'Eglise, et notamment de saint Jérôme, et du droit canon définitif (3).

Cette inégalité entre l'adultère de la femme et celui du mari avait laissé des traces dans le Code civil de 1804 : le mari avait le droit d'agir en divorce pour adultère simple de sa femme, tandis que celle-ci ne pouvait intenter une action en divorce ou en séparation de corps que si le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune (ancien art. 230, modifié

1. Alfred Gautier. *Précis de droit français*, 1887, 3^e édit., p. 367.

2. *Traité de Droit civil*, t. III, 2^e édit., p. 210.

3. *Le mariage, en droit canonique*, t. II, p. 90.

en 1884). La solution admise par le Code civil de 1804 est restée en vigueur en Belgique. Seulement la jurisprudence belge s'est efforcée d'atténuer la rigueur de cette différence injustifiée, en considérant comme une injure grave tout adultère du mari caractérisé par un scandale public.

En Angleterre, le simple adultère du mari, comme celui de la femme, légitime la séparation de corps, mais la femme ne peut intenter un procès en divorce contre son mari que si la faute de ce dernier a été caractérisée par des circonstances aggravantes : bigamie, inceste, rapt, vice contre nature, abandon sans motif pendant deux ans au moins, ou *gross cruelty*. On entend par là les actes qui rendent la vie commune dangereuse ou qui peuvent fonder une crainte légitime de danger futur (1). Cette expression de « *gross cruelty* », qui équivaut d'ailleurs à celle de sévices dans notre droit français, a reçu une extension considérable, et elle comprend toutes les causes qui rendent la vie conjugale dangereuse ou moralement impossible.

Mais la plupart des législations admettent une égalité parfaite au point de vue du divorce, entre l'adultère du mari et celui de la femme ; il en est ainsi en Autriche, en Hongrie et en France depuis

1. Lehr. *Le mariage et le divorce dans les principaux pays civilisés*.

1884. Dans notre pays, ce n'est plus qu'au point de vue des conséquences pénales que l'adultère de la femme est plus sévèrement traité. La même solution qu'en France est suivie en Danemark, Norvège et Suède (1). En Allemagne, l'égalité entre l'adultère du mari et l'adultère de la femme est inscrit au paragraphe 1565 du Code civil de 1900. Ce texte a assimilé à l'adultère certains faits considérés comme contraires aux mœurs ; il en est ainsi de la bigamie, de la pédérastie et du commerce avec un animal.

2° La plupart des législations admettent comme cause de divorce les condamnations graves ou déshonorantes. En France, les condamnations de cette nature sont des peines criminelles infligées par la Cour d'assises. Dans les Pays-Bas, la condamnation à un emprisonnement d'au moins quatre ans est une cause possible de divorce. Le Code civil italien (art. 151) admet le divorce à la suite d'une condamnation pour peine criminelle ; mais, contrairement à la jurisprudence française, qui estime que la dissimulation d'une condamnation antérieure peut constituer selon les cas une injure grave, le Code italien interdit le divorce au cas où le jugement serait antérieur au mariage. De même, en Allemagne, le paragraphe 1568 du Code de 1900 décide que le motif du divorce doit provenir d'un fait postérieur au mariage.

1. Lehr, *Droit civil scandinave*, p. 321.

Ce texte, en effet, peut se traduire ainsi : un époux est en droit de demander le divorce pour violation grave des *devoirs nés du mariage*:

3° Les excès, sévices, injures ou mauvais traitements aboutissent, dans beaucoup de pays, à légitimer une demande en divorce. Il en est ainsi en Belgique, en Hongrie, en Italie, en Suisse, en Autriche; en Espagne et en Portugal, pour la séparation de corps (1). Cette cause de divorce existe en Angleterre, sous le nom de *cruelty*, et aussi dans la plupart des Etats du Nord de l'Amérique (2).

En Allemagne, le paragraphe 1548 du Code de 1900 décide que la violation grave des devoirs nés du mariage, la conduite déshonorante, ou immorale, sont des causes de divorce, mais seulement lorsque le trouble apporté par l'époux coupable dans les rapports conjugaux est si profond que la continuation du mariage ne peut plus être exigée de son conjoint. Ce texte prévoit donc deux chefs de divorce :

1° La violation par un des époux des obligations nées du mariage ;

2° Une conduite déshonorante ou immorale.

La violation grave des devoirs conjugaux comprend les sévices de notre droit français ; quant à la con-

1. Roguin, n° 240.

2. Gaillard, *Conditions des femmes aux Etats-Unis*. Thèse Paris, p. 100.

duite déshonorante ou immorale, elle est appréciée d'une manière large par les tribunaux et elle correspond à l'injure grave de notre Code civil. L'interprétation la plus courante de ce texte, en Allemagne, arrive à considérer, par application des principes qu'il contient, comme des causes suffisantes de divorce, le refus persistant et volontaire de consommer le mariage, la vie de dissipation et de désordre qui met en péril l'avenir du ménage, la tentative d'adultère, l'exercice d'une profession infamante, l'ivresse incorrigible, le refus persistant du mari de recevoir sa femme, le refus du mari d'entretenir sa femme d'une façon convenable à raison de sa position, le refus de consentir à la bénédiction religieuse du mariage promise avant la célébration. Mais, pour toutes ces causes, les juges allemands ne doivent prononcer le divorce que lorsque la vie conjugale est profondément troublée.

40 Il y a des législations qui ont cru nécessaire de consacrer une mention spéciale à l'*abandon* comme cause de divorce. Bien que la loi de 1884 soit muette à cet égard, il n'est pas douteux que chez nous, l'abandon soit considéré comme une injure grave (1). Il y a là une cause de séparation de corps ou de divorce qui remonte très haut dans l'histoire. La *malitiosa desertio* existait déjà dans le droit cano-

1. Planiol, t. III, 2^e éd., p. 170.

nique, et, aujourd'hui, l'abandon est formellement énoncé par les Codes des Pays-Bas, de l'Italie, de l'Autriche, de la Hongrie, et par les lois de la Russie et de la Suisse (1). On le rencontre aussi dans les législations scandinaves (2), en Angleterre, en Ecosse et aux Etats-Unis.

Le Code allemand de 1900, paragraphe 1567 considère l'abandon malicieux (*bösliche verlassung*) comme une cause de divorce. Par abandon malicieux, on entend un abandon commis dans l'intention de nuire à l'autre époux, c'est-à-dire que l'époux qui abandonne son conjoint doit avoir conscience qu'il viole les devoirs du mariage. Deux hypothèses sont possibles : ou bien la résidence de l'époux qui a abandonné son conjoint est connue, et alors c'est seulement quand il a été condamné à reprendre la vie commune et que cette condamnation non suivie d'effet remonte déjà à une année, que l'autre conjoint a droit au divorce. Ou bien la résidence du défendeur est inconnue ; alors le demandeur peut agir par voie de sommation publique et obtenir le divorce si l'abandon a duré au moins un an. Aucune distinction n'est établie, d'ailleurs, au point de vue de la sanction, entre l'abandon par la femme et l'abandon par le mari.

1. Roguin, n° 236.

2. Lehr, p. 322.

II. — Il y a des causes de divorce qui ne sont admises que dans un petit nombre de législations. Il en est ainsi de l'aliénation mentale. Le divorce pour maladie mentale est écarté par la plupart des Etats Européens : France, Belgique, Pays-Bas, Italie, Portugal, Espagne, Autriche-Hongrie, Russie, Roumanie, Angleterre ; les Etats-Unis et plusieurs Etats de l'Amérique n'admettent pas la folie au nombre des causes de divorce. Au contraire, la démence légitime le divorce en Suède, en Danemark et en Norvège (1). De même, en Suisse, la loi fédérale considère que l'aliénation mentale durant depuis trois ans et déclarée incurable est une cause de divorce. Lors de la préparation du Code civil allemand de 1900, un débat très vif s'engagea pour savoir si l'aliénation mentale d'un des conjoints peut entraîner le divorce. On mit en balance, d'une part la situation malheureuse du conjoint de l'aliéné, dont l'existence est désormais sacrifiée, sans qu'il puisse chercher dans une nouvelle union une consolation à son infortune, et d'autre part, les traditions chrétiennes ou même simplement humanitaires, qui commandent de maintenir, dans cette hypothèse, comme dans tout autre cas de maladie grave, le devoir d'entretien et d'assistance morale qui découle du mariage. C'est surtout quand l'un des conjoints, privé de ses

1. Léhr, *Droit civil scandinave*, p. 324.

facultés par la maladie, perd en même temps ses moyens d'existence, que l'assistance mutuelle entre époux commande à l'autre de lui venir en aide.

Cependant, en troisième lecture, la folie fut inscrite comme cause de divorce dans le paragraphe 1569, malgré une opposition des plus vives. On fit remarquer que l'admission du divorce pour aliénation mentale n'était pas contraire aux idées chrétiennes ; le ministre de la Justice rappela que d'après certains canonistes, l'aliénation mentale est envoyée par Dieu comme le décès physique, et qu'il faut accepter avec soumission cette mort spirituelle. D'ailleurs, est-il exact de prétendre que le divorce va rendre plus dure la condition du conjoint interné ? D'abord, le dément est dans l'impossibilité de se rendre compte de la rupture du lien conjugal, et, en outre, les dépenses nécessaires pour lui assurer les soins qui lui sont indispensables seront peut-être plus facilement couvertes par l'autre conjoint, quand celui-ci aura amélioré sa situation pécuniaire par une nouvelle union. D'ailleurs, le législateur a pris des précautions pour n'autoriser le divorce que quand toute chance de guérison a disparu ; en effet, d'après le paragraphe 1569, un conjoint peut demander le divorce, pour cause de maladie mentale de l'autre époux, lorsque cette maladie a duré au moins trois ans pendant le mariage, et qu'elle a atteint un degré tel que la communauté intellec-

tuelle entre les époux est abolie, et que tout espoir de la rétablir est perdu. Mais, le paragraphe 1583 décide que des aliments doivent être fournis au malade par l'époux divorcé. Cette disposition du Code civil allemand est approuvée par M. Roguin (n° 247), qui nous paraît apprécier un peu sommairement la situation, en affirmant que, si la démence est incurable, il n'y a guère que des considérations pseudo-sentimentales qui puissent militer contre la rupture du lien conjugal.

En France, non seulement on ne songe pas à réfréner les facilités croissantes avec lesquelles les tribunaux font droit aux demandes en divorce, mais on se préoccupe d'élargir notablement les causes du divorce. MM. Paul et Victor Margueritte se font les apôtres bruyants d'une réforme qui leur paraît indispensable, pour procurer un peu plus de bonheur à l'humanité. Ils proclament que « la Bastille du Code ouvrira bientôt ses portes, libérera les vaincus de la vie, les opprimés du mariage, les forçats de la discorde conjugale » ; pour eux « l'élargissement du divorce fait partie du programme d'émancipation sociale, et il ne peut se séparer de la libération de l'esprit humain et de l'affranchissement des dogmes » (1). Les deux éminents romanciers ont courageusement pris la tête du mouvement impatientement attendu par

1. *Quelques idées*, 1905, p. 24 et 25.

M. Naquet, lorsque celui-ci comptait pour la continuation de son œuvre, « sur la venue future d'esprits libres qui réformeraient sa réforme » (1). Dans un élan d'admiration enthousiaste pour les choses du passé, MM. Paul et Victor Margueritte vont même jusqu'à proposer un retour complet « à la belle loi primitive de 1792 », c'est-à-dire au divorce pour incompatibilité d'humeur sur la demande de l'un des époux (2). C'est au nom de la liberté individuelle et du droit intangible pour chacun de disposer de soi-même qu'on réclame avec instance une réforme. « La personne humaine, disent MM. Margueritte, est inaliénable ; c'est parce que ce principe essentiel, expression d'une morale nouvelle, est méconnu dans le mariage et le divorce actuels, que nous voulons l'y introduire (3). » Il paraît impossible à ses auteurs qu'on puisse engager ses services à perpétuité, et disposer de sa personne, dans le mariage comme dans les autres contrats. Or, la liberté individuelle leur semblant compromise par la réglementation actuelle du mariage et du divorce, ils proposent de revenir à la loi de 1792, que les Assemblées Révolutionnaires avaient promulguée en vue d'assurer aux Français la faculté du divorce qui résulte de la liberté

1. Naquet. *La Loi du Divorce*, Paris, 1903.

2. *L'élargissement du Divorce*, 1902.

3. Même ouvrage.

individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte.

Sur cette idée, qui sert de fondement à leur théorie, MM. Margueritte ont élaboré un projet, qui ne compte pas moins de dix-sept causes de divorce (1), parmi lesquelles on peut relever l'aliénation mentale de l'un des époux persistant depuis deux ans, la séparation de fait, volontaire, pendant un an, constatée par un acte authentique, les infirmités dégoûtantes et incurables de l'un des époux survenues postérieurement au mariage, l'aversion profonde et invincible d'un époux contre l'autre .

Il nous semble qu'un pareil projet constituerait non seulement un retour à la législation malencontreuse de 1792, mais même une orientation directe vers l'abolition du mariage et son remplacement par l'union libre. En voulant assurer ici le respect de la liberté individuelle, le législateur qui s'inspirerait de pareilles idées, arriverait à sanctionner toutes les fantaisies des individus les moins pondérés ; il n'y aurait plus de famille possible, car la famille est essentiellement fondée sur des restrictions apportées au droit de chacun dans l'intérêt supérieur de la conservation du groupe ; il en est de la famille comme de la société : la liberté de chacun n'existe dans nos civilisations contemporaines qu'autant qu'elle ne

1. *L'élargissement du Divorce*, p. 28 et 29.

nuit pas au droit d'autrui, et cet axiome doit être respecté plus énergiquement encore dans la famille, dont la conservation et la prospérité exigent des sacrifices incessants de la part de ceux qui l'ont fondée. Si l'on admettait d'autres idées et notamment celles proposées par d'audacieux novateurs, le lien conjugal ne reposerait plus que sur un sentiment vil et mesquin : sur l'intérêt individuel des époux, qui seraient libres de se dégager de l'union contractée à la première occasion favorable. Ce qu'il faut concilier, ce sont la nature contractuelle du mariage et le principe de l'indissolubilité du lien familial. On soutient que le mariage est un contrat ; la dissolution de ce contrat s'impose dès que son but ne peut plus être atteint par suite de la discorde intervenue au sein du ménage. Mais, comme l'a remarqué M. Tissier (1), c'est se placer sur un mauvais terrain de scolastique juridique que de voir dans le mariage seulement un contrat. La célébration du mariage devant l'officier de l'état civil crée un état qui est fixé par la loi, et qui ne dépend plus de la volonté des époux (2).

D'ailleurs, même si l'on admet que le mariage est un contrat ordinaire, ce n'est pas une raison pour aboutir nécessairement à l'élargissement des causes

1. Rapport précité, p. 122.

2. Cf. à cet égard M. Lefebvre : *Le Mariage Civil n'est-il qu'un contrat ?* Nouv. Rev. Hist., 1902, p. 300 et s.

du divorce, car il y a des contrats qui sont, par leur nature, plus stables que les autres, et le mariage compte évidemment au nombre des contrats dont il s'agit. Lorsque la question se pose de savoir s'il faut rompre le lien familial, disperser les traditions qui constituent le patrimoine du groupe, et mettre fin à la permanence du foyer domestique, le problème ne peut-être aussi facilement résolu que lorsqu'il s'agit de résoudre une convention ordinaire.

Cependant quelles que soient les considérations qui militent en faveur de la situation actuelle, il n'est pas douteux que le législateur, obligé de suivre l'évolution des mœurs, doit se tenir au courant du mouvement de l'opinion. Or, la campagne en faveur de l'élargissement du divorce est une de celles qui paraît le plus intéresser la société contemporaine. D'ailleurs, il est possible de réformer la loi de 1884 par l'admission de nouvelles causes de divorce, tout en cherchant à rendre plus difficile l'application de cette loi. Si l'on précise aux juges les points qu'ils devront examiner, comme les seules causes possibles du divorce, peu importe que le nombre de celles-ci soient augmenté ; l'arbitraire de l'appréciation des juges sera diminué dans la même proportion ; ils ne seront plus portés à accueillir les demandes des parties pour des motifs plus ou moins vagues et ne se rapprochant que très peu du texte de la loi. De

cette manière, l'application de la loi de 1884, ainsi amendée, sera plus restrictive ; la famille sera suffisamment défendue contre des motifs de rupture exagérés, et en même temps un progrès législatif aura été accompli, si le remaniement des textes relatifs aux cas possibles de divorce est opéré d'une manière à la fois plus scientifique et plus soucieuse des intérêts de la famille.

En définitive, la campagne entreprise par certains publicistes contemporains, au nom de la liberté individuelle, est d'autant plus singulière qu'elle représente les derniers échos d'une doctrine individualiste attardée dans nos sociétés actuelles, où les sentiments de solidarité se développent avec tant de succès. On recommande partout aux individus de s'unir pour aplanir les difficultés de l'existence ; on vante l'association sous toutes ses formes ; elle apparaît comme le pivot indispensable de tous les rouages sociaux, et ce serait seulement dans la famille qu'on voudrait combattre ! Comment comprendre que des penseurs qui se rattachent plus ou moins au socialisme d'Etat préconisent de pareilles théories ? Si l'on s'efforce, par l'association, d'assurer le meilleur fonctionnement possible de toutes les institutions d'Etat, ne doit-on pas conclure que l'association est aussi nécessaire pour les membres de la famille, qui ne pourront lutter contre les difficultés de la vie, s'ils sont séparés les uns des autres, au

moment où ils rencontrent peut-être les obstacles les plus insurmontables dans l'existence (1)? La Commission de la Société d'études législatives, chargée par cette société d'examiner l'élargissement du divorce, s'est fort bien rendu compte qu'une réforme n'était possible dans cette voie qu'en tenant compte de la stabilité de la famille qu'il ne faut pas ébranler ; et, tout en admettant des causes nouvelles de divorce, elle en a nettement précisé la portée, de manière à éviter tout arbitraire dans l'application.

La première des réformes auxquelles a songé la Commission consistait à se demander s'il y avait urgence à transformer en loi la tendance quelquefois manifestée par la jurisprudence, de tenir compte de situations antérieures dissimulées lors du mariage et révélées ensuite. Elle a accepté l'idée dominante dans la doctrine et la jurisprudence, d'après laquelle il vaut mieux ne prononcer le divorce que pour des faits postérieurs au mariage, et elle propose de reprendre les dispositions de l'article 180 du Code civil et d'admettre qu'il y aurait en pareille hypothèse nullité du mariage, pour vice du consentement ; il y aurait lieu, par suite, d'apporter aux articles 180 et 181 du Code civil les modifications suivantes (2) :

1. Lerebours-Pigeonnière, p. 266.

2. *Bull. de la Soc. d'études lég.*, 1906, p. 128.

1° L'alinéa 2 de l'article 180 serait remplacé par la disposition suivante : « Lorsqu'il y a eu erreur sur la personne ou sur son identité, soit par substitution, soit par usurpation d'état civil, le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux qui a été induit en erreur.

2° On ajouterait à l'article 180 un alinéa 3, rédigé ainsi qu'il suit : « La nullité peut être demandée par celui des époux qui a ignoré la condamnation de l'autre époux, prononcée antérieurement au mariage, à une peine criminelle de droit commun ou même à une peine d'emprisonnement pour crime de droit commun ou pour délit de vol, escroquerie abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche, s'il est d'ailleurs établi d'une part, que cette condamnation, au cas où elle eût été connue, eût été de nature à empêcher le mariage, d'autre part que le maintien de la vie commune et impossible. »

3° On ajouterait à l'article 180 un alinéa ainsi rédigé : « Au cas où un défaut de conformation physique absolue, permanent et incurable de l'un des époux, rend impossible la consommation du mariage la nullité du mariage peut être demandée par l'autre époux. »

4° La disposition suivante serait insérée au Code civil après l'article 181 : « La nullité du mariage peut être demandée par un des époux dans le cas

où l'autre époux était atteint avant le mariage d'une maladie syphilitique présentant un grave danger pour la santé de l'autre époux ou pour celle des enfants à naître du mariage ; elle peut être demandée par le mari au cas où la femme se serait prostituée notoirement avant le mariage. Dans ces deux cas, la nullité du mariage ne peut être prononcée que si l'époux demandeur prouve qu'il a été induit en erreur par des manœuvres ou des dissimulations dolosives, et s'il est d'ailleurs certain qu'au cas où elles n'auraient pas eu lieu, il n'aurait pas contracté mariage. La demande en nullité ne sera plus recevable dans les deux cas ci-dessus, lorsqu'il y aura eu cohabitation continue pendant six mois, depuis que l'erreur aura été reconnue. »

En ce qui concerne les causes de divorce postérieures au mariage, la Société d'études législatives a été frappée par l'extension apportée par la jurisprudence à la notion d'injure grave ; la tendance de certains tribunaux de grandes villes est d'admettre ici une cause générale indéterminée de divorce. Pour éviter des abus tendant à rompre le lien matrimonial trop facilement, la Commission de la Société propose de modifier l'article 231 et de le rédiger de la manière suivante : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre, lorsqu'ils seront de telle nature qu'il soit certain que le lien conjugal

est très profondément atteint, et que la vie commune soit manifestement devenue impossible. » Armés d'un semblable texte, les tribunaux pourraient opposer une fin de non-recevoir à toutes les demandes qui leur paraîtraient insuffisamment fondées. Il y a là une réminiscence évidente du paragraphe 1568 du Code civil allemand.

La législation allemande a inspiré la Commission à un autre point de vue : elle a considéré que l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux devait être visé comme cause spéciale de divorce. En effet, la notion d'injure grave est insuffisante ici ; car l'abandon ne peut être taxé de fait injurieux que lorsqu'il s'est écoulé un certain temps depuis le départ de l'époux.

Le texte nouveau relatif à l'abandon serait ainsi rédigé :

« Chaque époux peut demander le divorce lorsque l'autre époux l'a abandonné intentionnellement et refuse, sans motif légitime, de reprendre la vie commune. Le divorce ne peut être demandé que lorsqu'une année au moins s'est écoulée depuis que l'époux demandeur a fait sommation à l'autre époux de reprendre la vie commune. » (1).

Relativement aux condamnations, la Commission s'est efforcée, d'abord, de rétrécir la notion d'injure

1. Comp. art. 1567, C. civ. allemand.

grave, en excluant de la notion d'injure toutes les condamnations qui ne peuvent pas atteindre l'autre époux assez gravement pour que la vie commune devienne insupportable ; et ensuite elle n'a voulu admettre comme cause péremptoire de divorce que les condamnations prononcées pour crimes de droit commun. Pour tenir compte de tous ces desiderata, l'article 232 devrait être rédigé de la manière suivante : « La condamnation, devenue définitive, de l'un des époux à une peine infamante appliquée pour crime de droit commun, sera pour l'autre époux une cause de divorce. Le divorce pourra être demandé par un des époux au cas de condamnation de l'autre époux à une peine d'emprisonnement pour crimes de droit commun, ou pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche, lorsqu'il sera certain qu'à raison de cette condamnation, le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue impossible. »

Et la Commission a pensé aussi qu'il serait bon que le divorce devint possible après la déclaration d'absence de l'un des époux ; il suffirait de prévoir cette hypothèse par un texte ainsi libellé : « Le divorce peut être demandé par l'un des époux, si l'autre époux a été déclaré absent et si plus de dix ans se sont écoulés depuis ses dernières nouvelles. »

Mais une vive controverse s'est engagée parmi les membres de la Société d'études législatives sur la question de savoir si la folie incurable de l'un des époux doit être admise comme cause de divorce. Il est certain que, la jurisprudence s'est toujours efforcée de poser en principe que les excès commis par l'un des conjoints en l'état d'aliénation mentale ne pouvaient constituer une cause du divorce (1), ni même de séparation de corps. La jurisprudence a pensé constamment que le mariage créait entre époux une obligation d'assistance mutuelle, dont l'une des principales applications se rencontre en cas de maladie d'un des conjoints ; plus cette maladie est grave, plus le devoir d'assistance incombant à l'autre devient impérieux. En conséquence, les maladies et les infirmités les plus graves, même la folie, ne peuvent d'après nos tribunaux, motiver ni le divorce ni la séparation (3).

Cette tradition jurisprudentielle, persistant dans l'esprit de plusieurs membres de la Société d'études législatives, a amené certains d'entre eux à protester contre l'introduction de la folie parmi les causes de divorce ; ce serait consacrer officiellement, a-t-on dit,

1. Cass. req., 5 août 1890. S. 94. 1. 15.

2. Cass. req., 4 mars 1903. S. 1902. 1. 388 ; D. 1902. 1, 192.

3. Cf. encore trib. Marseille, 21 février 1902. D. 1902. 2. 198.

le droit de l'abandon d'un époux par l'autre en cas de maladie, et oublier cette idée fondamentale que le mariage n'est pas seulement la mise en commun des joies, mais aussi la solidarité contre l'adversité et les infortunes de toute nature (1). Cependant l'opinion contraire a paru devoir l'emporter. On a considéré qu'il était injuste et inutile de refuser à l'autre époux le droit de contracter un nouveau mariage, à la condition de lui imposer le devoir de subvenir à l'entretien du malheureux dément. La Commission a été évidemment impressionnée par le souvenir de la loi de 1792 qui admettait la folie comme cause de divorce, et aussi par les législations étrangères notamment par l'Allemagne et la Suisse, qui ont imité sur ce point les lois révolutionnaires ; on doit noter d'ailleurs que, le 30 octobre dernier, 1906, M. Maurice Colin, député d'Alger a déposé à la Chambre une proposition de loi tendant à faire de l'aliénation mentale une cause de divorce. Il en serait ainsi, quand, depuis trois ans au moins, l'un des époux aura dû être colloqué et maintenu dans un asile public ou privé d'aliénés, et qu'il est établi que l'aliénation mentale est incurable. Pour éviter que le divorce pour cause d'internement puisse devenir pour l'aliéné ou son conjoint une source de profit ou

1. Cf. notamment les observations présentées par M. de Ségogne, *Bull. de la Soc. d'Et. lég.* p. 286 et s.

de désavantage, la proposition décide que le divorce serait réputé prononcé aux torts réciproques des époux ; enfin M. Colin souhaiterait de voir adopter une disposition analogue à celle qui est inscrite au paragraphe 1583 du Code civil allemand, d'après lequel la dissolution du mariage pour aliénation mentale de l'un des époux n'empêche pas que l'autre reste tenu de pourvoir aux besoins du dément (1).

Restait la question très grave du divorce par consentement mutuel. Une proposition tendant au rétablissement du divorce par consentement mutuel et à remettre en vigueur les textes de l'ancien chapitre III du Livre I du Code civil, a été déposée par M. Martin, député du Var, le 15 octobre 1905, à la Chambre. Toutefois M. Martin pense qu'il conviendrait de maintenir l'abrogation des articles 277 et 278, aux termes desquels le divorce par consentement mutuel n'était plus admis après vingt ans de mariage (ni, d'autre part, lorsque la femme avait 45 ans), et était subordonné à l'autorisation des parents (2).

Sous le nom de divorce par consentement mutuel, on entend quelquefois, (et tel est le sens dans lequel M M. Margueritte entendent cette formule) la dissolu-

1. Cf. *J. Off.*, Doc. Parl., Chambre, S. E. 1905, Annexe, n° 2692, p. 4.

2. *J. Off.*, Doc. Parl., Chambre, S. E. Annexe, n° 2687, p. 3.

tion du mariage par le seul accord des époux ; il est évident que la Société d'études législatives ne pouvait prendre la défense d'une pareille proposition, qui ne tarderait pas à aboutir à la dégénération du mariage en union libre. La Commission d'études législatives a repris l'idée du divorce par consentement mutuel tel qu'il avait été organisé par le Code civil, c'est-à-dire reposant sur le principe qu'il faut éviter les scandales de certains procès et organiser pour les époux un moyen d'obtenir le divorce sans étaler publiquement leurs griefs. La réglementation à établir se proposerait avec des garanties multiples, de permettre aux époux de divorcer pour cause grave sans être tenus de les faire connaître. Le rétablissement du divorce ainsi compris avait été voté par la Chambre des députés, en 1882. D'accord avec M. Martin, une minorité, parmi les membres de la Société d'études législatives serait d'avis d'accepter ce mode de divorce (1); on mettrait fin de cette manière aux scandales que les conjoints ne parviennent pas toujours au cours de leur procès en divorce à cacher au public, et la loi actuelle ne serait plus tournée par des expédients judiciaires plus ou moins avouables. Toutefois, M. Ambroise Colin s'est élevé avec beaucoup de finesse contre l'abrogation, contenue dans le projet de M. Martin, de la disposition de l'article 277, interdisant le divorce par consentement

1. *Bull. de la Soc. d'Etud. lég.*, 1906, notamment p. 280 et s.

mutuel, lorsque l'époux a dépassé 45 ans. M. Ambroise Colin a pensé qu'il serait inhumain pour la plupart des femmes de maintenir cette abrogation ; il ne se dissimule pas, en effet, que le divorce prétendu par consentement mutuel sera trop souvent le résultat d'une pression de l'homme fatigué de sa compagne sur celle-ci, et il estime avec raison que, sauf à Paris, où les femmes savent mieux se défendre contre les atteintes de l'âge, une femme de 45 ans n'aura guère de chance de retrouver un époux (1).

Telles sont les solutions auxquelles s'est arrêtée la Société de la Commission d'études législatives. Il ne faut pas perdre de vue que toutes ces innovations n'ont été proposées qu'en vue de réagir, par une précision plus grande, contre la facilité actuelle du divorce. Dans l'intérêt des humbles et de la classe ouvrière, il convient de défendre l'institution de la famille, de la protéger contre les attaques d'un individualisme contraire à la grande loi de solidarité qui est une des caractéristiques de notre époque. Il est regrettable de constater que les propositions les plus récentes déposées au Parlement sont loin de s'inspirer de ces idées. Mentionnons à ce propos une proposition déposée par M. Morlot, député, le 15 décembre 1905, et qui ajouterait aux causes actuelles de divorce toute une série de motifs nouveaux dont

1. *Bull.* 1906, p. 294.

voici les principaux : aliénation mentale de l'un des époux persistant depuis deux années au moins ; dérèglement de mœurs notoire ; séparation volontaire de fait pendant un an, constatée par acte authentique ; refus par le mari de subvenir à l'entretien de sa femme ; absence de l'un des époux, sans nouvelles, depuis deux ans au moins ; impuissance, qu'elle soit antérieure ou postérieure au mariage ; péril de contamination de maladies vénériennes ; fausses dénonciations et calomnies de l'un des époux contre l'autre ; acquisition d'un gain deshonnête, ivrognerie, intempérance habituelle, se continuant depuis deux ans ; dissentiments religieux survenus après le mariage et prouvés, soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée aux enfants, lors de leur naissance et dans les années qui suivent, soit par l'aveu des deux parties ; aversion profonde et invincible de l'un des époux contre l'autre ; et, d'une manière générale, toute cause non prévue qui paraîtra au tribunal de nature à atteindre profondément le lien conjugal (1). Et cependant M. Morlot se pose comme un adversaire de l'instabilité de la famille ; il veut maintenir la permanence du foyer, et il combat avec énergie la proposition émanant de MM. Margueritte. Ces affirmations, contenues dans l'exposé des motifs de sa

1. Cf. *Bull. de la Soc. d'Etud. lég.*, p. 180 et s.

proposition, sont de nature à étonner le lecteur ; comment M. Morlot peut-il se poser en défenseur de la société familiale, du moment qu'il imagine tant de causes nouvelles susceptibles de rompre le lien conjugal déjà trop fragile ?

Malgré ces propositions, il est permis d'espérer que la question du divorce subira dans l'avenir des restrictions plutôt qu'un élargissement ; sinon le divorce deviendrait un mal social, mal d'autant plus grave que les autres pays qui pratiquent une législation analogue à la nôtre nous sont inférieurs quant au nombre annuel des divorces ; c'est ainsi qu'en Allemagne, pour une population de 60 millions d'habitants, il n'y a eu que 10.000 divorces en 1903, contre plus de 11.000 divorces chez nous en 1902, alors que notre population est inférieure d'un tiers à celle de nos puissants voisins (1).

1. *Bull. Soc. Et lég.*, 1906, p. 182.

CHAPITRE II

Les restrictions apportées à la puissance paternelle par la Jurisprudence

Si l'œuvre de la jurisprudence est intéressante à étudier en ce qui concerne la dissolution du mariage, son rôle n'a pas été moins important à l'égard des limitations successivement apportées, au cours du XIX^e siècle, à la puissance paternelle.

Il est assurément indispensable qu'il y ait dans la famille, comme dans la société, une autorité qui assure le fonctionnement du groupe en vue de garantir à chacun de ses membres la plus grande somme de bonheur possible. La collaboration, entre les personnes qui composent la famille, n'est possible et utile que si les efforts de chacun sont secondés et les froissements évités par un chef chargé de la direction. Le pouvoir du père ne lui est attribué, dans nos sociétés modernes, qu'en

vue d'assurer la prospérité du groupe ; cette autorité réside en principe dans la personne collective des père et mère ; seulement, si la mère est l'auxiliaire indispensable du père, elle doit lui être subordonnée, pour que la direction suprême de la famille acquière l'unité indispensable. D'ailleurs, à la différence des sociétés antiques, la puissance paternelle n'est plus conçue aujourd'hui que dans l'intérêt des enfants et le fondement de cette autorité en détermine les limites (1).

Si tel doit être, à notre avis, le fondement de la puissance paternelle, il n'en est pas moins certain qu'il s'est élevé, au cours du XIX^e siècle, des opinions divergentes sur ce point. On a cru constater que l'autorité paternelle s'était trop affaiblie à l'époque contemporaine, et un économiste de l'école individualiste, Le Play, s'est efforcé d'asseoir la puissance paternelle sur un fondement plus solide. Au lieu de suivre la voie dans laquelle était entré le Code, et de considérer que la puissance paternelle doit consister dans des rapports d'affection mutuelle entre le père et ses enfants, et non dans des rapports d'autorité, Le Play, recommandait le renforcement de l'autorité paternelle, avec des sanctions capables de lui assurer un pouvoir incontesté. On sait qu'il préconise, à cet effet, l'élargissement de la quotité

1. Cf. sur tous ces points M. Boistel, t. II, p. 115 et s.

disponible dont dispose le père, en vue de punir ou de récompenser ses enfants, suivant la conduite qu'ils auront observée de son vivant (1).

Une semblable conception n'a été acceptée ni par la jurisprudence ni par le Code. Le droit des parents sur l'enfant n'a d'autre objet que de leur permettre d'accomplir les devoirs qu'ils ont assumés envers lui ; ces pouvoirs ont donc nécessairement une limite, celle après laquelle ils cessent d'être indispensables à l'exercice de la mission des parents. « Les parents, à mesure que l'enfant grandit, qu'il devient de plus en plus apte à se guider sagement par lui-même, doivent restreindre de plus en plus l'exercice de leur autorité (2). »

C'est ainsi que le droit de correction ne saurait être poussé au delà des rigueurs indispensables pour inspirer aux enfants le respect de leurs parents. « L'exercice de ce droit doit avoir avant tout l'intérêt des enfants pour guide et doit être mesuré sur cet intérêt (3). »

Les rédacteurs du Code civil ont évidemment accepté ce point de vue, puisque, le tribun d'Albisson, dans son discours au Corps Législatif, a déclaré « que l'autorité des père et mère sur leurs enfants

1. Cf. Rambaud. *Histoire des doctrines économiques*, 1899, p. 315 et s.

2. Boistel, t. II, p. 380.

3. Boistel, t. II, p. 382.

n'ayant directement ni d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, ce n'est pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir, dans toute son étendue et sans obstacle, un devoir indispensable et sacré (1). »

Parmi les attributs dont l'ensemble constitue la puissance paternelle, d'après le Code de 1804, il y en a deux, qui, faute de détails suffisants dans la loi ont suscité dans l'application des difficultés que les tribunaux se sont appliqués à trancher, s'inspirant avant tout de l'intérêt de l'enfant. Ces droits sont :

1^o Le droit de correction paternelle ;

2^o Le droit d'administration légale du père sur les biens de ses enfants mineurs pendant le mariage. Ce sera sur eux que nous ferons porter notre examen jurisprudentiel.

SECTION I

L'évolution du droit de correction, au cours du XIX^e siècle.

« Les parents, déclarent MM. Aubry et Rau, sont, en vertu de leur droit d'éducation, autorisés à infliger à leurs enfants, dans un but d'amendement moral, des punitions domestiques (2). » Le législateur

1. Fenet. *Travaux préparatoires du Code civil*, p. 536.

2. T. 6, par. 350.

s'en est remis sur ce point aux usages et aux mœurs. Mais, si les punitions sont l'auxiliaire du droit d'éducation et sont parfaitement légitimes à ce titre, elles peuvent parfois aboutir à des abus, lorsqu'un père indigne emploie ses pouvoirs à infliger à ses enfants de mauvais traitements. Cependant le Code civil n'avait établi aucun moyen de protection des enfants contre les abus possibles de la puissance paternelle, et c'était là une des lacunes les plus regrettables du Code civil. Or, « il se produisait de plus en plus, surtout dans les grandes villes, des actes de sévérité, ou, pour mieux dire, de cruauté, bien faits pour déconcerter les âmes vertueuses, qui croient au progrès des mœurs (1). »

Ce sont les tribunaux qui ont estimé qu'il fallait venir au secours de l'enfant victime des mauvais traitements, et ils se sont emparés de l'idée suivante, qu'ils ont trouvée dans les travaux préparatoires : la puissance paternelle a été établie beaucoup plus dans l'intérêt de l'enfant que dans l'intérêt des parents. En conséquence, ils se sont attachés à ce que cette puissance ne soit pas détournée de son but ; la même théorie fut adoptée par la doctrine : « La puissance paternelle est un pouvoir de protection dont il faut permettre au magistrat de surveiller l'exercice :

1. D'Haussonville, *Revue des Deux Mondes*, juin, 1898 p. 615.

il est bien certain que le père a des droits, mais ces droits ne peuvent être si absolus qu'ils ne souffrent aucun contrôle ; l'enfant doit être protégé (1). » M. Taudière ajoute que, « c'est aux tribunaux à déterminer le sens et la portée de la loi, lorsque cette loi n'est pas assez explicite, pour éviter l'abus et les difficultés » (2).

S'appuyant sur cette théorie commune à la doctrine et à la jurisprudence, le ministère public avait l'habitude de poursuivre, lorsqu'il était informé d'un cas d'abus flagrant de la puissance paternelle, et les tribunaux n'hésitaient pas à enlever le droit de correction et de garde au père, pour le confier à la mère ou à une tierce personne. Seulement les mesures ainsi ordonnées ne pouvaient présenter qu'un caractère provisoire, et d'ailleurs cette intervention de la jurisprudence était d'une légalité douteuse, en l'absence d'un texte accordant aux tribunaux la faculté d'agir. Le Code pénal contenait bien un article 335, d'après lequel, lorsqu'un délit d'excitation habituelle de mineurs à la débauche aura été commis par le père ou la mère, le coupable sera privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le titre du Code civil relatif à la puissance paternelle ; mais la déché-

1. Demolombe. *Traité de l'adoption*, n° 367 et s.

2. *De la puissance paternelle*, p. 113. — Cf. Caen, 31 décembre. 1811. D. *Rép.*, *Puis. pat.* n° 26.

ance édictée par ce texte ne pouvait être encourue que dans un nombre d'hypothèses fort limité. En raison de ces circonstances, la jurisprudence pouvait bien critiquer, dans une certaine mesure, la manière dont le père exerçait la puissance paternelle, mais elle ne pouvait pas l'en priver totalement. D'ailleurs, les mesures jurisprudentielles arrivaient généralement trop tard et, si elles pouvaient enrayer le mal, elles étaient incapables de le prévenir.

Il fallut attendre la loi du 5 mai 1850, pour trouver une hypothèse de déchéance partielle et temporaire de l'autorité paternelle : cette loi, relative à l'éducation et au patronage des jeunes détenus, décide que, lorsque l'enfant est envoyé en correction par les tribunaux, les droits de garde, de correction et l'éducation sont enlevés au père (art. 11), ce dernier ne conservant que le droit d'administration et jouissance légale des biens de son enfant mineur, le droit de consentir au mariage, et le droit d'émancipation.

On peut citer aussi les articles 349 et suivants du Code pénal, qui édictent des peines sévères contre ceux qui exposent ou abandonnent des enfants, mais sans distinguer entre l'abandon par les parents de l'enfant et l'abandon par d'autres personnes.

Des lois ultérieures s'attachèrent à restreindre l'autorité du père, lorsque ce dernier exigeait de l'enfant plus que ses forces ne pouvaient donner,

lorsqu'il lui imposait une profession dangereuse ou dégradante, ou bien, lorsque, guidé par l'insouciance ou la cupidité, il le condamnait à l'ignorance (telle fut l'œuvre des lois des 19 mai et 7 décembre 1874, du 28^e mars 1882, et du 2 novembre 1892).

Cependant ces lois n'avaient produit que des résultats incomplets : les exemples de parents compromettant la santé ou la moralité de leurs enfants abondaient ; il devenait nécessaire de généraliser les causes de déchéance de la puissance paternelle, et d'écarter définitivement la direction de parents indignes. Sous l'influence de philanthropes, comme MM. Bonjean, fondateur de la Société Générale de protection pour l'enfance abandonnée ou coupable, Théophile Roussel, Jules Simon, le gouvernement déposa, le 27 décembre 1888, un projet qui est devenu, par la suite, la loi du 24 juillet 1889.

Cette loi, dont nous nous bornons à indiquer l'économie générale, se divise en deux titres ; le titre premier se réfère à la déchéance de la puissance paternelle ; le titre second s'occupe de la protection des mineurs placés chez des particuliers, dans les administrations publiques ou dans les établissements charitables. La loi distingue deux sortes de causes de déchéance : il y a d'abord des cas où la déchéance est encourue de plein droit ; il s'agit de certaines condamnations qui attestent trop manifestement l'indignité des parents ; dans d'autres hypothèses,

la déchéance de la puissance paternelle est facultative : il en est ainsi :

1° Pour certaines condamnations moins graves que les précédentes ;

2° Lorsque l'enfant a été envoyé en correction en vertu de l'article 66 du Code pénal.

3° Lorsque les parents, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse, ou par de mauvais traitements, compromettent la santé ou la moralité de leurs enfants. Grâce à ce dernier cas de déchéance les tribunaux sont armés d'un large pouvoir d'appréciation, et ils en usent pour prononcer la déchéance du père non seulement lorsque ce dernier abuse de son droit de correction manuelle, mais encore lorsqu'il néglige de leur donner les soins nécessaires à la vie matérielle ou morale (1).

La déchéance édictée par la loi de 1889 présente trois caractères : elle est, d'abord, perpétuelle. Toutefois, si le père donne des preuves de son repentir, il pourra, après un laps de temps variant de trois à cinq ans, recouvrer ses prérogatives perdues.

Elle est ensuite absolue ; elle se produit à l'égard de tous les enfants nés ou à naître (2).

1. Cf. Grenoble, 12 juillet 1892. D. 93. 2. 267 ; S. 93. 2. 92—Riom, 9 mai 1893. D. 94. 2. 144 ; S. 94. 2. 167 — Paris, 8 août 1893. S. 93. 2. 252 ; D. 94. 2. 101.

2. Douai, 8 mai 1893. D. 93. 2. 401. note de Loynes, S. 93. 2. 120.

Enfin et surtout, cette déchéance est complète. Les parents sont déchus de l'ensemble des droits de la puissance paternelle, aussi bien lorsque la déchéance est obligatoire que lorsqu'elle est facultative (1). Il y a indivisibilité des effets de la déchéance. Il y a là assurément une disposition exagérée ; les tribunaux auraient dû avoir à leur disposition un pouvoir plus large dans l'application de la déchéance. On fit remarquer, dans la pratique, que cette portée générale et absolue de la déchéance était regrettable parce qu'elle ne pouvait aboutir qu'à apporter des obstacles à l'application de la loi de 1889 ; les tribunaux hésitent souvent à prononcer une mesure aussi rigoureuse contre des parents qui n'ont que partiellement démerité.

Mais ces imperfections ne se retrouvent plus dans la loi du 19 avril 1898. Cette loi a surtout pour but général de fortifier les dispositions du Code pénal qui répriment les actes délictueux commis contre l'enfance, elle augmente la peine surtout si les coupables sont unis à l'enfant par les liens du sang, ont autorité sur lui ou en ont la garde, et elle punit l'abandon d'enfants par les parents soit que les deux faits d'exposition et de délaissement se trouvent réunis, soit que l'un d'eux seulement ait été commis.

1. Poitiers, 21 juillet 1890. D. 91. 2. 73, note de M. de Loynes.

Mais, en même temps, elle réalise un progrès d'une autre nature : elle autorise le juge pour les cas de déchéance qu'elle édicte à prononcer seulement une déchéance partielle de la puissance paternelle ; il peut se borner à retirer seulement le droit de garde aux parents, sans leur enlever complètement la puissance paternelle ; d'autre part, il a le droit de ne prononcer la déchéance que pour un seul enfant, si les parents ne maltraitent que celui-là. La sanction édictée par la loi de 1898 est ainsi mieux proportionnée au mal qu'il s'agit d'enrayer.

Ces différentes réformes de 1889 et de 1898 ont évidemment été inspirées par l'intérêt de l'enfant : « La loi de 1889, écrit M. Drucker, nous a d'abord replacés au premier rang parmi les nations, qui s'étaient occupées de la question des enfants maltraités et moralement abandonnés ; elle a affirmé et consacré le droit pour l'enfant, qui est en germe l'homme libre et responsable, d'être développé et de devenir un homme, et la conséquence de ce droit celui d'être élevé ; elle a établi la nécessité et l'utilité, au point de vue social, d'arracher l'enfant aux mauvais exemples et à la contagion du vice » (1).

Cependant, quelle que soit la part d'éloges que mérite la loi de 1889, il est permis de douter quelle

1. Drucker. *De la protection de l'enfance contre les abus de la puissance paternelle*, thèse de Paris, 1894, p 386.

ait réalisé l'idéal de protection dont on désirerait voir profiter les enfants. L'un des plus grands griefs qu'on puisse reprocher à la loi de 1889, c'est que, dans tous les cas prévus par cette loi, le contrôle judiciaire de la puissance paternelle a disparu ; dès le lendemain de la loi, M. Charmont, professeur à la Faculté de Montpellier, exprimait le vœu que, dans les hypothèses non prévues par les textes, la jurisprudence continuât à user, sur la puissance paternelle, du contrôle judiciaire très large dont elle disposait antérieurement (1). Ce souhait a été satisfait en partie par la loi du 19 avril 1898, articles 4 et 5, en ce qui concerne le droit de déchéance partielle. D'autre part, la jurisprudence a complété l'œuvre du législateur, en maintenant sur certains points non visés par les lois de 1889 et 1898, le contrôle qui lui était antérieurement reconnu.

Voici comment les tribunaux ont entendu leur mission dans ces dernières années :

1° En ce qui concerne l'application de la loi de 1889, la déchéance totale des pouvoirs des parents dans les cas où elle est prononcée, constitue une mesure jugée indispensable à la protection de l'en-

1. Charmont. « La loi du 24 juillet 1898 ». *Revue critique*, 1891, p. 516. — 1892, p. 74 et s. — Testoud. « Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889. » *Rev. crit.*, 91, p. 22 et s.

fance. Par conséquent, il est impossible d'en modérer la sévérité, lorsque les conditions requises pour l'application de la peine se trouve réunies (1). Ainsi, les tribunaux se déclarent impuissants à restreindre la déchéance du père à certains de ses enfants, par exemple à ceux qui ont été victimes de son délit ; ou que leur âge, leur tempérament, leur communauté d'habitation exposeraient le plus à souffrir de leurs mauvais traitements ou à imiter leur inconduite (2). Les tribunaux se déclarent encore impuissants à limiter à certains droits la déchéance paternelle (3).

En adoptant ces solutions, la jurisprudence peut-être approuvée, lorsque la déchéance complète est demandée au juge ; c'est surtout en ce qui concerne les parents peu intéressants qu'on doit se montrer soucieux de la protection des enfants, et ceux-ci n'obtiennent les garanties nécessaires que si leur auteur est privé du maximum de ses droits. Mais la déchéance totale apparaît comme moins indispensable, lorsque la demande adressée au tribunal, et visant les articles 1 et 2 de la loi de 1889, conclut à une déchéance simplement partielle, le père étant regardé comme qualifié pour conserver le surplus

1. Toulouse, 3 juillet 1890. S. 91. 2. 17.

2. Caen, 22 juillet, 1901. S. 1902. 2. 51.

3. Trib. Béziers, 2 août 1902. *Mon. Jud. Midi*, 1902, p. 268. — Trib. Seine, 19 avril 1901. D. 1901. 2. 442.

de ses droits. Cependant, l'opinion dominante en jurisprudence c'est que, même dans ces cas, et en dehors de l'application possible des articles 4 et 5 de la loi de 1898, les attributs de la puissance paternelle doivent disparaître dans leur intégralité (1).

Cette jurisprudence a paru présenter plus d'inconvénients que d'avantages : car, si le juge est saisi d'une demande en déchéance partielle, et qu'il ne veuille pas statuer *ultrà petita*, il se trouve dans l'obligation de renvoyer le défendeur indemne, et la sauvegarde de l'enfant est négligée. Aussi une proposition de loi a-t-elle été déposée récemment, à la Chambre des députés, le 16 décembre 1905, par M. Steeg (2). Cette proposition, qui a été renvoyée à la Commission d'assurance et de prévoyance sociales, comprend un seul texte, ainsi conçu : « Les articles 1, 2, 8 et 9 de la loi du 24 juillet 1889 sont modifiés ainsi qu'il suit :

ARTICLE PREMIER. — Les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants de la puissance paternelle... (le reste comme au texte de la loi de 1889). Toutefois, dans les hypothèses prévues des alinéas 2 et 3, le tribunal répressif peut, par une disposition

1. C. de Paris, 15 déc., 1898. S. 99. 2, 205 ; D. 99. 2. 57.

2. J. Off. Doc. Parl. Chambre, Annexe, n° 5874.

expresse, limiter les effets de la déchéance aux enfants en cause ;

ART. II. — Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits, à l'égard d'un ou de plusieurs de leurs enfants... le reste comme au texte.

ART. VIII. — Tout individu déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, subrogé tuteur, curateur ou membre du conseil de famille. Toutefois, si les effets de la déchéance ont été limités à certains des enfants intéressés, celui-ci conserve à l'égard des enfants ou descendants en puissance tous les droits énumérés au paragraphe précédent.

ART. IX. — (Les deux premiers paragraphes comme au texte). Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce statue s'il y a lieu, par le même jugement, sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire, à demander à la Chambre du conseil, dans les termes de l'article 50, pour la période du premier âge. Si le père déchu de la puissance paternelle à l'égard de tous les enfants nés et à naître contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survivance de l'enfant, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces enfants. »

2^o En ce qui concerne le contrôle des droits paternels sur la personne de l'enfant, en dehors des cas expressément prévus par les lois de 1889 et de

1898, le rôle de la jurisprudence n'est pas facile à retracer. Les tribunaux sont partagés entre deux tendances contraires : assurer les intérêts de l'enfant, mais aussi ne pas aller jusqu'à appliquer au père une peine sans texte, en lui enlevant certaines des prérogatives de la puissance paternelle.

Si, d'abord, il est possible de redresser l'abus sans prononcer de déchéance contre le père, les tribunaux prennent en toute liberté les mesures qui leur paraissent le mieux appropriées. Ainsi, il a été jugé que, si le père détourne de son but légal son droit d'émancipation, s'il en use pour mettre en échec les règles légales de l'administration ou de l'usufruit paternel, ou bien les dispositions d'une libéralité adressée à son enfant, ou encore une décision judiciaire relative à la garde de ce dernier, les juges peuvent, soit annuler complètement, soit restreindre les effets de cette émancipation (1).

Mais, lorsqu'il s'agit, pour mettre fin aux abus d'autorité du père, de lui enlever l'exercice de sa puissance, au moins momentanément et partiellement, les tribunaux se montrent des plus circonspects.

C'est surtout en ce qui concerne les rapports des

1. Caen, 4 déc. 1867, S. 682.2.28. — Trib. Seine, 18 mars 1892. — C. Paris, 4 déc., 1894. — Douai, 25 mars 1895, S. 97.2.72. — Toulouse, 8 août 1902. *Gaz Trib.*, 16 nov. 1902.

enfants avec leurs grands-parents, que les difficultés deviennent délicates à résoudre ; là encore des idées opposées et également respectables interviennent dans le débat. C'est assurément au père qu'appartient le droit de direction et de garde sur ses enfants ; il est maître de régler leurs relations en dehors de sa maison. Cependant les grands-parents sont fondés aussi à réclamer l'affection et les visites de leurs petits-enfants. Lorsque des conflits éclatent à cet égard, la justice, seule, peut tracer les limites de ces intérêts contradictoires.

Autrefois, une opinion extrême était soutenue par certains jurisconsultes : Vazeilles (1), et Magnin (2), décidaient que les petits-enfants ne pouvaient voir leurs grands-parents sans le consentement du père. Mais M. Demolombe (3), protestait contre une interprétation aussi étroite. Et son opinion est suivie par MM. Aubry et Rau (4) et par M. Planiol (5). Mais la jurisprudence s'est arrogé de bonne heure le droit d'apprécier si les raisons de l'interdiction portée par le père étaient légitimes. La faculté, pour les grands-parents, de recevoir en visite leurs petits-enfants, malgré la volonté contraire du père, a été

1. *Traité du mariage*, 1825, t. II, n° 405.

2. *Traité des minorités*, 1842, t. II.

3. *Cours de Code civil*, t. VI, n° 395.

4. T. V, par. 550, texte et note 26.

5. T. I, 1^{re} éd., n° 2400.

considéré de bonne heure comme ne constituant pas une atteinte à l'autorité paternelle (1).

Toutefois une distinction a été introduite par la jurisprudence entre les simples visites et les séjours d'une durée plus prolongée. D'abord, il est admis que les grands-parents peuvent être dispensés, dans leurs entretiens avec leurs petits-enfants, de la présence du père ou de son délégué, une pareille mesure équivalant à un soupçon injurieux à leur égard (2).

D'autre part, la Cour suprême a reconnu, le 28 juillet 1891, cassant une décision contraire de la Cour d'Aix, du 12 novembre précédent (3), que toute opposition du père était inefficace à empêcher les petits-enfants d'aller voir leurs grands-parents. Les pouvoirs du père ne peuvent être absolus à cet égard ; par contre, les grands-parents ne sauraient être autorisés à garder les enfants chez eux un temps trop long, malgré la défense du père. Le critérium de la distinction entre la visite et le séjour varie, dès lors, selon les circonstances. Passer huit jours chez l'ascendant équivaldrait à un véritable séjour ; au contraire, en n'allant chez lui que trois heures par jour chaque quinzaine, on ne dépasse pas les limites

1. Paris, 14 août 1869. S. 69. 2. 26. — Cass., 12 juillet 1870, S. 71. 1. 28.

2. Trib. Pontoise, 5 août 1902. *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 478.

3. S. 91. 1. 385 ; S. 91. 2. 25.

d'une simple visite (1). Quelquefois les tribunaux ont adopté un critérium plus rationnel ; ils examinent si la durée ou les conditions du séjour du petit-fils chez l'aïeul sont, ou non, de nature à lui imprimer des idées contraires à la direction morale imprimée par le père. Ainsi, un voyage de quarante-huit heures, à Noël et à Pâques, et de six jours aux grandes vacances, chez les grands-parents ne saurait être empêché par le père (2). Mais des séjours dépassant les limites nécessaires à l'entretien de l'affection ne seraient pas approuvés par la jurisprudence, alors même que les grands-parents allègueraient qu'ils sont mieux que le père, en état de soigner l'enfant (3).

Après avoir passé en revue l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne d'une manière générale la direction donnée à la puissance paternelle, il nous faut insister quelque peu sur le droit de correction paternelle.

Le Code continuant la tradition de l'ancien droit, autorise encore le père, qui a des motifs très graves de mécontentement, à faire détenir son fils, avec le

1. Req. 12 février 1904. S. 94. 1. 240 ; D. 94. 1. 218.

2. Nîmes, 3 août 1898. S. 99. 2. 20. — Trib. Lisieux, 28 novembre 1899. *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 233. — Cass., 7 janvier 1901. S. 1901. 1. 174. — Trib. Châteauroux, 8 déc. 1900. *Pand.* 1902. 2. 263. D. 1903. 2. 146.

3. Paris, 24 juin 1902. S. 1893. 2. 228 ; D. 93. 2. 81. — Trib. Villeneuve-sur-Lot, 25 nov. 1893. D. 94. 2. 395. — Orléans, 12 août 1897. D. 99. 2. 60. — Paris, 20 mai 1898. D. 99. 2. 447.

concours de la force publique. Cette incarcération peut avoir lieu à la demande du père (art. 375 à 377) soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition. Quelle que soit la manière dont il s'exerce, il est certain que les arrestations qui ont lieu de ce chef ne sont pas nombreuses. Le rapport du garde des Sceaux, sur l'administration de la justice civile en 1900, constate qu'en 1900 il n'a été ordonné que 720 arrestations : 456 pour les garçons et 364 pour les filles. Le nombre des garçons arrêtés par voie de correction paternelle s'était élevé à 710, et celui des filles à 482, en 1881 (1). Le nombre total des arrestations en 1901 n'a pas dépassé 737 (2). Il est certain que la diminution progressive du nombre de ces arrestations provient de ce que la pratique judiciaire n'accueille que très difficilement les demandes qui lui sont adressées par les parents.

En ce qui concerne le droit d'incarcération par voie d'autorité, ce droit ne peut être exercé que si l'enfant a moins de 16 ans commencés, n'a pas de biens ou d'état personnels et si le père n'est pas remarié ; et la durée de l'incarcération ne saurait excéder un mois ; moyennant la réunion de ces conditions, c'est le père, agissant comme juge domesti-

1. *J. off.*, du 12 mars 1903.

2. *Revue pénitentiaire*, 1904, p. 635.

que qui prononce souverainement l'emprisonnement sans être tenu de faire connaître ses griefs (1).

Ce pouvoir absolu du père, dans cette hypothèse, n'a pas été sans soulever de vives protestations : une semblable disposition législative paraît contraire aux principes de notre droit public garantissant les libertés individuelles ; en règle, tout juge doit motiver sa décision (2).

Dans l'enquête qui a eu lieu à la Société générale des prisons, en 1894, M. Puybaraud, inspecteur des prisons, faisait remarquer qu'il y avait là un abus criant qui devait rapidement cesser. M. Joly proposait d'établir dans tous les cas une enquête préalable et d'obliger le père à faire connaître les motifs de la détention.

Il est vrai que les inconvénients de la loi ont été atténués par la pratique judiciaire. Le tribunal de la Seine, comme ceux des grandes villes, n'a l'habitude de délivrer les ordres de détention qu'après avoir vérifié, par une enquête sommaire, la gravité des motifs sur lesquels se fonde la demande du père. Ces enquêtes généralement conduites par le commissaire de police, ne sont pas toujours complètes, mais elles sont cependant utiles, car elles permettent de rejeter des demandes d'incarcération injusti-

1. Demolombe, t. VI, p. 237.

2. Laurent. *Principes de droit civil*, t. IV, p. 274.

fiées. Cette manière de procéder n'est assurément pas légale, mais elle aboutit à écarter dans la plupart des cas l'application de textes qui sont d'une rigueur archaïque.

Il faut d'ailleurs ajouter que la suppression de cette incarcération qui apparaissait autrefois comme très nécessaire, est moins urgente depuis les lois de 1889 et 1898, car la réclamation injustifiée d'un internement équivaldrait, le cas échéant, à un abus odieux de la puissance paternelle, et pourrait motiver, par suite, la déchéance de cette puissance.

La détention par voie d'autorité n'est plus aujourd'hui que l'exception. Dans la plupart des cas, le père ne peut exercer son droit de correction que par voie de réquisition ; il en est ainsi dans tous les cas où manque l'une des conditions précédentes par exemple lorsque l'enfant a plus de 16 ans commencés, lorsque le père est remarié, lorsque l'enfant a des biens personnels, lorsqu'il exerce un état. Quand il en sera ainsi, le père ne pourra plus exercer son droit d'incarcération que sous le contrôle d'une autorité supérieure qui appréciera les motifs et l'opportunité de la mesure provoquée. La décision suprême est confiée au président du tribunal civil, qui doit prendre au préalable, l'avis du Procureur de la République (art. 375), et la durée de la détention peut, dans cette hypothèse, atteindre six mois,

en raison des garanties plus sérieuses dont elle a été précédée.

A l'égard de la mère, des précautions particulières ont été exigées, et lorsque l'article 381 lui accorde le droit de correction, il y met trois réserves : a) La mère n'exerce jamais ce droit que par voie de réquisition ; b) Elle le perd en cas de second mariage ; c) Elle ne peut, en toute hypothèse, exercer le droit de correction, que si elle a pris l'avis des deux plus proches parents paternels (art. 381). D'ailleurs, lorsque l'article 381 exige le concours des parents paternels, ce n'est pas seulement leur avis, c'est leur consentement qu'il exige (1). En l'absence de parents paternels, on appliquerait par analogie l'article 409, qui permet de remplacer les parents par des alliés ou par personnes connues pour avoir entretenu des relations d'amitié avec le père (2).

Comme sanction des droits qui précèdent, le Code civil autorise le père qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite de son enfant, à le faire détenir (art. 375.)

Il résulte des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code n'étaient pas favorables à l'internement des mineurs dans les prisons destinées aux condamnés adultes (3). Mais, depuis le commencement du

1. Debelleyne. *Traité des Ordonnances sur requêtes*, t. I.

2. Dall. *Rép.*, n° 45.

3. Locré. t. VII, p. 47 et 49

xix^e siècle, des établissements spéciaux ont été créés en vue de l'internement des jeunes détenus, et, aux termes de l'article 1 de la loi du 5 août 1850, les mineurs enfermés par voie de correction paternelle peuvent être reçus dans les établissements publics ou privés affectés à l'éducation des jeunes détenus. Toutefois, le règlement général pour les colonies privées et les maisons pénitenciaires des jeunes détenus, en date du 10 avril 1862, article 121, prescrit que les enfants internés par voie de correction paternelle doivent être enfermés dans des chambres séparées, à l'abri de toute communication avec les autres enfants. L'isolement est la première des préoccupations à laquelle on se soit efforcé de donner satisfaction; l'enfant doit rester seul jour et nuit, mais, à titre de distraction, on lui permet la visite de l'aumônier, du directeur, et quelquefois d'un membre de la Société de Patronage. Enfin, dans le parloir, il est autorisé, de temps en temps, à s'entretenir avec ses parents (1). Le sort de l'enfant est évidemment amélioré dans les maisons privées, comme Mettray, où les parents aisés consentent à payer un prix de pension.

En toute hypothèse, et même dans les établissements de l'Etat, le père est tenu (art. 378) de souscrire une soumission, de subvenir à tous les frais et de fournir les aliments convenables.

1. *Rev. pénitentiaire*, 1893. Rapport de M. Bonjean

D'après l'article 379, le droit de grâce appartient au père, qu'il ait agi par voie de réquisition ou par voie d'autorité. Dans l'opinion dominante, la mère possède, comme le père, la faculté d'abréger toujours la détention de l'enfant (1). On sait d'ailleurs que l'enfant détenu a la possibilité d'adresser un mémoire au Procureur général près la Cour d'appel, en vue de protester contre l'incarcération dont il est l'objet. Mais, le pourvoi dont il s'agit ne suspend pas l'ordre d'arrestation (2).

Le système de la correction paternelle, s'exerçant par voie d'incarcération de l'enfant, est une conception archaïque, et qui n'est pas, de nos jours, sans soulever d'assez vives protestations parmi les publicistes. On s'élève surtout contre les abus dont la correction pratiquée par voie d'autorité peut-être l'objet. Ces abus sont indéniables. La faculté pour le père d'obtenir un ordre d'arrestation que le président du tribunal civil ne peut se refuser à signer, lui permet de se conduire en despote, sans aucun contrôle (3). La pratique créée par les tribunaux, de procéder à une enquête, pour vérifier la gravité des motifs allégués par le père, n'est pas un palliatif suffisant et de nature à tempérer les excès de la préro-

1. Boistel. *Le droit de famille*, p. 320. — Demolombe, t. VI, p. 356.

2. Dalloz. *Jur. gén., Puis. pat.*, p. 558, n° 26.

3. Cf. Planiol. *Traité*, t. I, p. 703.

gative dont dispose le chef de la famille (1), car souvent les renseignements obtenus par la justice ne sont pas d'une exactitude rigoureuse. Trop fréquemment, les incarcérations sont suggérées par des mobiles odieux. M. Berthélemy rapporte qu'on a vu des pères requérir l'internement de leurs filles parce qu'elles refusaient de se livrer à la débauche (2).

D'autre part, les parents sont souvent trop portés, et les magistrats inclinent aussi quelquefois à penser que des instincts ou des penchants pervers méritent la même répression préventive que des actes formellement manifestés, alors que les sentiments dont il s'agit s'atténueront avec l'âge, et ne se traduiront jamais par des actions coupables (3).

D'ailleurs, il est douteux que le moyen d'éducation appliqué soit bien efficace. Les natures rebelles ne peuvent s'améliorer en un espace de temps relativement court : le séjour de l'enfant dans la famille serait souvent le meilleur remède, en vue de redresser la mauvaise nature. Il est, au surplus, singulier, que le père rejette sur l'Etat la responsabilité très lourde qu'il tient de la puissance paternelle, et qu'il confesse par là, publiquement, qu'il est incapable de diriger dans la voie du bien les êtres qu'il a procréés.

1. M. Berthélemy. *Rev. philanthropique*, 1899, p. 439.

2. Berthélemy. *Loc. cit.*,

3. Brueyre. *Rev. pén.*, 1891, p. 464.

Aussi, ne faut-il pas s'étonner de constater que des changements sont réclamés à la législation existante. Notamment, on demande qu'une concordance étroite soit établie entre le droit de correction et le droit de garde, ce dernier emportant nécessairement le droit de correction. De plus, il faudrait ériger en règle légale la pratique suivie par les tribunaux des grandes villes, et l'incarcération devrait toujours être précédée d'une enquête approfondie. Suivant la remarque de M. Bonjean, « la balance doit être maintenue égale entre le père et l'enfant » (1). Enfin, et surtout l'emprisonnement de courte durée devrait être remplacée par un internement plus ou moins prolongé, suivant les circonstances et le caractère de l'enfant, dans une Maison de réforme.

Tel est le vœu que le Congrès d'Anvers a voté en 1890 ; telles sont aussi les principales dispositions du projet rédigé par MM. Berthélemy et Bonjean relativement aux réformes à apporter aux règles du Code sur ce point :

1° Le droit de correction serait la sanction et le privilège exclusif du droit de garde quand même le gardien ne posséderait pas la puissance paternelle ;

2° La durée de l'internement serait illimitée ; néanmoins le président du tribunal pourrait fixer une durée minima ;

1. *Rev. pén.*, 1898.

3° Pour obtenir l'ordre d'internement, le requérant serait tenu d'adresser au président du tribunal de son domicile une demande écrite énonçant son grief contre l'enfant et sa situation légale envers ce dernier ; le président devrait, de plus, ordonner une enquête sur l'honorabilité du requérant et la conduite de l'enfant (1). L'intérêt social commande manifestement au Parlement de prendre cette réforme en considération le plus tôt possible.

SECTION II

La Jurisprudence et le droit d'administration légale.

Parmi les attributs inhérents à la puissance paternelle, l'un de ceux qui devraient être l'objet d'une réglementation minutieuse est le droit d'administration légale des biens des enfants mineurs, pendant le mariage (art. 389). En effet, s'il est de première nécessité de songer d'abord à la protection des intérêts physiques ou moraux de l'enfant, il ne faut pas oublier non plus ses intérêts pécuniaires, les garanties de conservation dont doit être entouré le patrimoine que possède un enfant mineur, et qu'il est impuissant à préserver contre les dissipations, en raison de sa faiblesse même. L'urgence d'une réforme apparaît d'autant mieux, que, trop souvent, la juris-

1. Cf. Berthélemy, art. précité.

prudence arrive à donner au père, sur les biens de ses enfants mineurs, un pouvoir de libre disposition, qui ne se comprend plus à l'époque actuelle, alors que l'autorité du chef de la famille est atténuée, et ne repose plus que sur les liens de l'affection. On s'étonne que, depuis 1804, le régime institué par le Code ait pu se maintenir sans protestation, et que nous vivions encore sur les données d'une conception de la puissance paternelle qui, au point de vue des biens, se rattache à la tradition d'un passé aujourd'hui bien loin de nos mœurs.

Cependant l'administration légale trouve assez fréquemment l'occasion de s'exercer. Déjà, dans les premières années du XIX^e siècle le mineur pouvait se trouver à la tête d'une fortune personnelle, comme conséquence d'une libéralité entre vifs ou testamentaire, ou par suite d'une succession *ab intestat*, dévolue directement à l'enfant, après le décès d'un frère ou d'une sœur. De plus, à la dernière époque, les circonstances à la suite desquelles l'enfant peut recueillir des biens personnels se sont multipliées ; s'il travaille dans l'industrie, et qu'il soit victime d'un accident, l'indemnité qu'il obtiendra à titre de réparation entrera dans son patrimoine propre. D'autre part, l'assurance sur la vie permet encore d'augmenter le patrimoine de l'enfant, ou même de lui en constituer un, à défaut de la possession des biens antérieurs, et cela, soit qu'il s'agisse d'une

assurance constituée par le père, soit qu'il s'agisse d'une mesure de prévoyance réalisée par un étranger qui s'intéresserait à l'enfant.

Dans toutes ces hypothèses, la question de savoir quels sont les pouvoirs du père sur les biens de l'enfant présente un intérêt des plus sérieux.

Ce n'est que vers la fin du xix^e siècle qu'on s'est aperçu de la lacune que présente le Code sur la question qui nous occupe. Dès 1880, un sénateur, M. Gazagne, proposait d'appliquer au père administrateur légal, la loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières du mineur en tutelle (1). Le 26 novembre 1881, le ministre de la Justice d'alors, M. Cazot, présentait à la Chambre des députés un projet de loi destiné à compléter l'article 389 du Code civil. Ce projet spécifiait notamment que le père administrateur ne peut faire aucun acte dépassant la portée des actes d'administration, sans recourir à l'autorisation de la justice ; cette autorisation était principalement requise pour tous les actes d'aliénation, de conversion et d'emploi de valeurs mobilières. D'autre part le projet édictait la déchéance de l'administration légale, à la requête des parents du mineur ou du ministère public comme sanction de l'inconduite, de l'incapacité ou de l'infidélité du père (2).

1. *J. Off.*, Séance du Sénat du 17 février, 1880, p. 1870 et 1871.

2. *J. Off.*, déc. 1881. Doc. parl., annexe, n° 135, p. 1834.

On reprocha à ce projet de laisser dans l'ombre les difficultés que suscite l'établissement d'un critérium de distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition ; et un contre-projet fut présenté par le député Bisseuil, le 15 décembre 1881 ; en voici les grandes lignes : la privation de l'administration légale peut être prononcée en cas d'inconduite notoire, d'absence prolongée, d'infidélité ou de manquement grave aux obligations légales ; la possibilité d'une caution est prévue. En cas de libéralité adressée au mineur, avec clause d'exclusion de l'administration légale du père, les biens dont il s'agit doivent être administrés par un tuteur *ad hoc*. Tout administrateur d'un enfant mineur est tenu de dresser inventaire des meubles et valeurs de toute nature advenus à cet enfant. L'administrateur ne peut aliéner les immeubles du mineur que dans les formes prévues par les articles 954 et suivants du Code de procédure civile. Toutefois, l'avis préalable du Conseil de famille n'est pas nécessaire. L'administrateur ne peut, sans une autorisation préalable du tribunal civil, aliéner les valeurs mobilières appartenant au mineur ; quand elle est autorisée, cette aliénation est opérée par le ministère d'un agent de change. Est obligatoire, dans les trois mois du jour où a commencé l'administration, la conversion en titres nominatifs des titres au porteur advenus au mineur. Dans le même délai, il doit être fait emploi de tous les

capitaux qui appartiennent au mineur ; à défaut d'accomplissement de cette obligation, l'administrateur pourra être comptable de l'intérêt des capitaux non employés. Le tribunal peut d'ailleurs prescrire toutes les mesures de conservation qu'il jugera opportunes.

Mais ce contre-projet, qui contenait des dispositions très recommandables, fut écarté sur les observations présentées par M. Piou ; ce dernier prétendit que toute innovation était inutile, parce que la pratique n'avait pas révélé que l'article 389 donnât lieu depuis 1804, à des applications abusives ; il alla jusqu'à affirmer que les pouvoirs à peu près sans borne accordés au père étaient toujours limités par les liens de l'affection naturelle, et ne présentaient aucun danger pour le mineur (1).

Cependant, le nombre de décisions contradictoires auxquelles a donné lieu, dans la pratique, l'application de l'article 389, atteste manifestement l'infériorité de notre législation sur ce point ; la Cour de cassation, elle-même, n'a pu parvenir à introduire l'uniformité ; et la situation est d'autant plus grave que les enfants ne se décident évidemment à porter leurs réclamations devant la justice qu'à la dernière extrémité.

1. *J. Off.*, Séance de la Chambre du 4 juillet 1887, annexe, n° 1920, p. 968.

Il n'est guère de question qui soit plus controversée que celle de savoir quels sont exactement les pouvoirs qui ont été confiés au père par l'article 389.

La jurisprudence a dû prendre sur elle, bien des fois, de protéger l'enfant : le père est assurément capable de faire tous les actes de pure administration ; ainsi, il peut interrompre une prescription, inscrire une hypothèque, procéder à un renouvellement d'inscription, opérer les transcriptions requises dans l'intérêt de la consolidation de la propriété, renouveler un contrat de bail, consentir des baux pour une période ne dépassant pas neuf années, procéder aux réparations d'entretien, conclure des assurances contre l'incendie, etc. (1).

Mais il y a des actes à l'égard desquels on est embarrassé, pour savoir s'ils doivent être classés dans la catégorie des actes d'aliénation, ou au contraire, dans la catégorie des actes d'administration. C'est alors que les tribunaux entrent en désaccord, quand il s'agit de concilier le devoir de protection de l'enfant avec le principe d'après lequel les prérogatives du père ne peuvent recevoir aucune restriction, en l'absence d'un texte prévoyant des causes de déchéance.

1. Aubry et Rau, t. I, p. 608, texte et note 46, et p. 501, note 3, p. 782, 5^e éd., § 123. — Demolombe, t. VI, n^o 445 et 446. — Laurent. *Principes de droit civil*, t. IV, n^o 314. — Cf. Demante, et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, t. II, p. 171.

En vue de concilier ces deux intérêts contradictoires, une première opinion propose d'étendre à l'administration légale du père les règles de la tutelle ; telle fut l'opinion professée autrefois par Valette (1). A cette opinion se sont rattachées quelques rares décisions judiciaires, et surtout Aubry et Rau (2). La Cour de Douai, plus récemment, a jugé, dans le même sens, que les pouvoirs du père sont calqués sur ceux du tuteur ; le père administrateur légal devraient être assimilé au tuteur autorisé par le Conseil de famille, et l'autorisation de justice lui serait nécessaire dans tous les cas où le tuteur devrait lui-même l'obtenir. En d'autres termes, l'administration du père serait assujettie au contrôle presque incessant du Conseil de famille (3).

Mais telle n'est pas la doctrine la plus courante ; en face de cette opinion, se dresse le système jadis proposé par Zachariæ (4). D'après l'éminent auteur, la liberté du père, quant aux biens de ses enfants, est absolue. La puissance paternelle, proclame-t-il, est une institution qui doit se suffire à elle-même, et elle ne doit pas être régie par des règles à emprunter à des institutions voisines, comme la tutelle, par

1. Sur Proudhon. *Etat des personnes*. t. II, p. 283, note 3, et par les auteurs précités.

2. T. I, 4^e éd., p. 506.

3. De Douai, 22 janvier 1894. C. D. 94. 2. 296.

4. Ed. Massé et Vergé, t. I, §. 207, p. 406.

exemple, qui ne fonctionne qu'à défaut de puissance paternelle. Cette opinion a été pratiquée intégralement par certains arrêts, d'après lesquels le père pourrait librement, sans formalités, transiger au nom de son enfant mineur ou aliéner les valeurs mobilières appartenant à ce dernier (1).

Toutefois, ce système présente lui aussi des inconvénients : sans doute, la Cour de cassation a décidé avec raison, au point de vue juridique, que les règles de la tutelle ne sont point applicables, en général, au père administrateur, pendant le mariage, des biens de ses enfants mineurs ; que, notamment, la loi n'a point entendu le soumettre à l'intervention et au contrôle du Conseil de famille ; que cela résulte avec évidence des circonstances et des déclarations qui ont accompagné l'introduction de l'article 389 dans le Code (2). La Cour suprême a ainsi proclamé que le père administrateur légal agit en dehors de toute

1. Montpellier, 30 mars 1852. S. 59. 2. 508. — Dijon, 31 décembre 1891. S. 94. 2. 188 ; D. 92. 2. 233. — Amiens, 11 juin 1892, S. 92. 2. 15, Besançon, 11 nov. 98, S. 02. 2. 41 ; Trib. Seine, 28 mai 1900, et le 16 janvier 1901. *Pand.* 1902 2. 45 et 169 ; spécialement en ce qui concerne l'aliénation des rentes sur l'Etat de l'enfant mineur, le père n'a aucune autorisation à demander ; avis du Cons. d'Etat, 16 nov. 1899. D. 19. 01. 3. 18.

2. Cass., 12 mars 1867. S. 67. 1. 273. — 5 janvier 1903. D. 1903. 1. 24.

intervention du Conseil de famille. Cependant, il faut ajouter que la jurisprudence se reconnaît le plus souvent, par d'autres moyens, la possibilité de protéger le mineur contre les conséquences injustes et désastreuses d'une autorité paternelle sans contrôle.

Le premier moyen employé pour restreindre les prérogatives du père a été cherché dans la distinction traditionnelle entre les actes d'aliénation et les actes de pure administration. En définitive, l'administration légale ne tend qu'à protéger le patrimoine de l'enfant, dès lors, il suffit d'obliger le père à se munir d'une autorisation judiciaire relativement aux actes dépassant le cercle de l'administration, pour que les intérêts pécuniaires du mineur soient garantis, sans que le jeu de la puissance paternelle soit entravé. Telle est l'idée à laquelle se rallie un grand nombre de jugements. Seulement comme la distinction traditionnelle est délicate à appliquer (1), il ne faut pas s'étonner que les tribunaux aient été portés à considérer parfois comme très larges les pouvoirs d'administration appartenant au père. C'est ainsi que, au sujet d'accidents survenus à des enfants mineurs, le droit de transiger sans formalité aucune, était reconnu au père par la Cour d'Amiens (2), et par la

1. Oudot, *Du droit de famille*, p. 194. — Huc. *Commentaire du Code civil*, t. III, n° 240 et s. — Beudant, t. II, n° 734 et suiv.

2. 1^{er} mars 1883, S. 84.2. 41.

Cour de Douai (1). De même les aliénations purement mobilières ont été laissées libres suivant les convenances du père (2).

Cette reconnaissance de pouvoirs aussi étendus au profit du père est évidemment regrettable ; mais elle provient du vague de la distinction que la jurisprudence admet comme critérium de ses solutions.

D'ailleurs, la jurisprudence s'est souvent placée sur un autre terrain, pour protéger les intérêts pécuniaires de l'enfant mineur ; il lui a paru possible de faire cesser les abus du père, en enlevant à ce dernier l'exercice des droits qui ne sont pas essentiellement compris dans la puissance paternelle. D'abord, les tribunaux s'accordent le droit de restreindre la puissance du père, lorsqu'elle va à l'encontre des intérêts de l'enfant (3).

Même si le père administre correctement le patrimoine du fils, tous les actes ne lui sont pas indiffé-

1. Le 25 février 1901. *Franc Judiciaire*, 1901. 1. 383.

2. Besançon, 11 nov. 1868. S. 1902. 2. 41 ; D. 99. 2. 81. — Le père peut donner en nantissement un capital assuré par lui à son fils. — Trib. Seine, 28 mai 1900. *Pand.*, 1902. 2. 65. — Le père peut transiger sur un legs mobilier consenti au profit de son fils mineur. — Paris, 18 février 1901. D. 1901. 2. 362 et Cas., 5 janvier 1903. D. 1903. 1. 24. — Le père peut renoncer à un mobilier laissé à son fils.

3. Trib. Reims, 27 décembre 1901. *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 225.

remment permis. Le père peut sans doute, exercer valablement une action immobilière au nom de l'enfant (1), acquiescer au jugement rendu contre l'enfant en matière immobilière (2); accepter un legs universel et demander l'envoi en possession (3). Mais, toutes les fois que des abus apparaîtront dans l'administration du père qui se comporte imprudemment, ou qui compromet sciemment les intérêts de l'enfant, les tribunaux se décident de plus en plus fréquemment à remplacer les pleins pouvoirs du père par une direction subordonnée à des formalités ou à une autorisation. C'est ainsi que les donations et les compromis sont absolument défendus au père (4). Les transactions consenties au nom du mineur par le père sont subordonnées aux formalités imposées par l'article 467 en matière de tutelle; s'il est, en effet, un acte délicat et préjudiciable, c'est bien celui-là (5).

D'autres fois, la transaction est soumise à une autorisation judiciaire (6). Ces décisions, relatives à

1. Bourges, 11 février 1863. S. 63. 1. 121.

2. Cass., 3 juin 1867. D. 68. 1. 27.

3. Paris, 4 juin 1865. S. 65. 2. 216.

4. Trib. Troyes, 23 décembre 1899. D. 1900. 2. 372. — Paris, 14 avril 1892. *Gaz. Pal.*, 94.2. 377.

5. Trib. Seine, 29 avril 1891. *Pand.*, 1891. 2. 313. — Trib. Avesnes, 11 décembre 1891. *Le Droit* du 27 janvier 1892. — Paris, 14 avril 1891 précité.

6. Trib. Seine, 6 mai 1899. *La Loi* du 8 mai 1898.

la transaction, ne sont malheureusement pas unanimes, puisque la Cour de Douai, par l'arrêt du 25 février 1901 précité, a reconnu au père le droit de transiger librement.

Pour les liquidations et les partages, les tribunaux prescrivent l'observation des mêmes formalités qu'en matière de tutelle (1). Une autorisation judiciaire est requise pour les aliénations d'immeubles appartenant aux mineurs (2). Le père ne peut acheter au nom de son fils un immeuble à crédit (3).

Pour les aliénations ou conversions au porteur de valeurs de bourse, l'autorisation judiciaire est encore indispensable (4), et elle s'impose encore en ce qui concerne les emprunts (5).

D'autre part, si la conduite du père accuse franchement une méconnaissance complète des intérêts de l'enfant, les juges ont la latitude de nommer un administrateur *ad hoc* à ce dernier, ou même peu-

1. Paris, 1^{er} mars 1901. D. 1902. 2. 90. — Paris, 14 avril 1892 précité, *contra* Dijon, 31 décembre 1891. S. 94. 2. 158. D. 92, 2, 233.

2. Douai, 22 janvier 1894. S. 94. 2. 311. — Dijon, 13 juin 1900. D. 1902. 2. 46.

3. Cass., 2 mai 1905. S. 65. 1. 206.

4. Trib. Seine, 11 août 1894. *Gaz., Pal.*, 94. 2. 548. — 8 nov. 1898. S. 99, 2. 316. — *Contra* trib. Seine, 16 janvier 1901. *Pand.*, 1902. 2. 169.

5. Lyon, 13 mars 1897. *Pand.*, 99. 2. 321. — Trib. Gien, 18 mai 1898. *France Judiciaire*, 98. 2. 537.

vent lui permettre, lors de sa majorité, de tenir pour nuls les actes par lesquels le père aurait accompli une gestion compromettante (1).

Des négligences ou des fautes graves commises dans l'administration sont parfois prises en considération; et aboutissent à la déchéance, prononcée contre le père, de l'administration légale, celle-ci étant désormais confiée à une autre personne (2).

Par conséquent, la jurisprudence s'efforce, par tous les moyens en son pouvoir, d'empêcher le père de sacrifier à des intérêts égoïstes l'avenir de son enfant, et de dissiper les ressources personnelles de ce dernier, qui peuvent lui être si utiles au moment d'engager la lutte pour la vie, et de chercher à s'établir.

Les législations étrangères, ont, en général, institué des garanties au profit de l'enfant mineur qui possède une fortune personnelle. Il est facile de s'en convaincre, en se reportant aux législations les plus récentes : celles de l'Italie et de l'Allemagne, et aux deux avant-projets de Code civil belge et suisse.

Sans vouloir assimiler aux pouvoirs du tuteur

1. Bordeaux, 24 janvier. 1901. D. 1901. 2. 377. — 17 février 1897. D. 98. 2. 197. — Besançon, 7 mars 1900. *Gaz., Pal.*, 1900. 1.550.

2. Trib Reims, 27 déc. 1901. *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 225. — Trib. Lyon, 3 juin 1893. — C. Lyon, 13 nov. 1894. S. 95. 2. 145.

ceux du père administrateur légal, le Code civil italien concilie, d'une manière assez sage, les intérêts de l'enfant et ceux de la puissance paternelle. D'après l'article 224, le père ne peut aliéner, hypothéquer, donner en gage les biens de l'enfant, ni contracter en son nom des emprunts ou autres obligations dépassant les limites de la simple administration, si ce n'est pour cause de nécessité ou d'utilité évidente pour l'enfant lui-même et avec l'autorisation du tribunal (art. 224). D'une manière générale, il est reconnu par le législateur italien, que le tribunal peut exercer un contrôle dans l'intérêt de l'enfant, toutes les fois que l'intérêt de ce dernier paraît l'exiger (art. 224-225).

L'avant-projet de Code civil belge dispose, dans l'article 365, que le père aura droit de faire seul les actes que le tuteur ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du Conseil de famille ; mais, relativement aux actes pour lesquels le tuteur doit se munir à la fois de l'autorisation du Conseil de famille et de l'homologation du tribunal, le père ne pourra les accomplir qu'avec l'autorisation du tribunal réuni en Chambre du conseil (art. 365). S'il y a opposition d'intérêts entre le père et l'enfant, le tribunal du domicile du père procédera à la nomination d'un tuteur *ad hoc* (art. 366). L'inventaire est prescrit comme en matière de tutelle (art. 367) ; des abus ou des fautes graves commis par le père dans sa gestion

entraîneraient sa déchéance et son remplacement par un curateur nommé par le tribunal (art. 371).

Le Code civil allemand se préoccupe avant tout de sauvegarder le patrimoine de l'enfant, tout en ne portant aucune atteinte à la dignité du père. Le Code de 1900 s'est inspiré de l'idée moderne qui s'attache à restreindre les attributs de la puissance paternelle. La législation allemande est, d'ailleurs, dominée par l'idée qu'une institution spéciale, le tribunal des tutelles, a pour mission de réprimer les abus de l'autorité paternelle. La haute tutelle est exercée par un juge unique, qui est un magistrat inamovible (1). Il a pour mission d'approuver certains actes graves (art. 1543-1645) ; il intervient constamment pour sauvegarder les intérêts de l'enfant et pour statuer au cas où des divergences d'opinions se manifestent entre le père et le curateur (art. 1629). Le père est déchu de l'administration légale, quand il met en péril le patrimoine de l'enfant (art. 1670) ; s'il tombe en faillite (art. 1667) ; enfin, quand, absent ou interdit, il se trouve dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer les prérogatives de l'autorité paternelle (art. 1684-1687). Dans toutes ces hypothèses, l'administration légale est dévolue à la mère. Si la mère elle-même paraissait indigne de remplacer

1. Cf. Castambide. *L'enfant devant la famille et l'Etat*. Thèse, Paris, 1902, p. 315.

le père, il appartiendrait au tribunal des tutelles de prescrire les mesures nécessaires (art. 1677).

Le législateur allemand s'est préoccupé de déterminer avec précision les pouvoirs du père ; certains actes, ceux qui ont pour résultat de diminuer sans compensation le patrimoine du mineur, comme la donation, sont complètement interdits au père (art. 1641). En outre, il existe des actes nombreux, pour lesquels le père doit se munir de l'autorisation du tribunal des tutelles (art. 1643). Le père, est, à cet égard, assimilé au tuteur ; il en est ainsi pour les emprunts, les aliénations de fonds, le cautionnement, la renonciation à une succession ou à un legs et pour certains baux à loyer, etc. Toutefois, le père a des pouvoirs plus larges que ceux du tuteur en ce qui concerne les valeurs mobilières du mineur ; notamment le père n'est astreint à aucune des dispositions applicables au tuteur relativement à la consignation des titres au porteur dans une caisse publique, à leur aliénation, ou à leur conversion en valeurs nominatives (art. 1814-1815). Mais il ne faut pas perdre de vue que les dangers d'une pareille situation sont tempérés par le contrôle toujours permanent du tribunal des tutelles (art. 1667). Cette juridiction pourrait décider que le père ne serait pas fondé, sans en avoir reçu l'autorisation, à aliéner ou à convertir en titres au porteur les valeurs nominatives.

Enfin, le tribunal des tutelles impose au père la confection d'un inventaire qui est contrôlé (article 1660). Il nomme un curateur à l'enfant toutes les fois que les intérêts de ce dernier sont en opposition avec ceux du père, et il exige, le cas échéant, que le père fournisse des sûretés, pour garantie de son administration (art. 1668).

D'après l'avant-projet du Code fédéral suisse, les pouvoirs du père sont plus étendus ; aucune distinction n'est établie entre les actes d'administration et les actes de disposition ; les uns comme les autres sont laissés à la discrétion du père ; mais l'enfant possède une garantie sérieuse dans l'institution du tribunal des tutelles qui peut, comme en Allemagne, prononcer la déchéance de l'administration légale, en cas d'interdiction, d'abus d'autorité ou de négligence grave de la part du père (art. 313). Un autre rapprochement avec la législation allemande résulte de l'article 312, qui prescrit la nomination d'un curateur dans toutes les hypothèses, où les intérêts du père entreraient en conflit avec ceux de l'enfant.

Les réformes accomplies à l'étranger et le mouvement de l'opinion en France, ont préoccupé à l'époque contemporaine tous les juristes qui s'occupent de la revision de notre Code civil. Un projet relatif à l'administration légale a été élaboré par la Société d'études législatives. Le rapporteur, M. Bartin, a signalé l'insuffisance des textes sur ce

sujet (1). La Commission a recherché d'abord, si l'institution de l'administration légale pouvait être assimilée plus ou moins à la tutelle. Il semble bien résulter soit des travaux préparatoires, soit de la place du texte relatif à l'administration légale que la tutelle et l'autorité paternelle correspondent à deux situations qui se font antithèse (2).

Cependant, en cherchant les moyens d'élever des obstacles contre l'omnipotence du père, la jurisprudence aboutit en fait à considérer l'administration légale comme une sorte de tutelle, c'est-à-dire comme une gestion ne comportant que les actes d'administration, mais sans le cortège de garanties destinées à contrôler les pouvoirs du tuteur. En toute hypothèse, l'amélioration la plus désirable consisterait évidemment à appliquer dans la plus large mesure les règles de la tutelle à l'administration légale. Et c'est autour de cette idée que doivent graviter les réformes souhaitables.

La limitation de la liberté de gestion du père s'impose à l'époque contemporaine ; surtout si l'on tient compte de l'origine nouvelle de certains biens survenus à l'enfant. Dans les familles ouvrières, l'enfant travaillera fréquemment dans une usine ou dans un atelier ; s'il est victime d'un accident au cours de

1. *Bul. de la Soc. d'études lég.*, 1906, p. 297 et s. ; p. 333 et s.

2. Beudant. *Loc. cit.*, n° 684 et s. ; et n° 734.

son travail, il bénéficie de la loi du 9 avril 1898, et il a droit à une indemnité. Or, si le père demeure le maître de transiger souverainement à l'occasion de cette indemnité, l'enfant peut subir un grave préjudice, et cette situation est d'autant plus lamentable que l'accident a pu le placer dans l'impossibilité absolue de gagner sa vie pendant une longue période. C'est là surtout que la nécessité d'un contrôle apparaît comme urgente ; il y a là une question qui dépasse le cercle des intérêts privés et qui revêt véritablement un caractère d'intérêt social.

En ce qui concerne la situation de l'enfant mineur dans la famille légitime, la Commission a prévu trois hypothèses différentes : 1° Le cas le plus fréquent est celui d'un mariage qu'il n'est pas question de dissoudre par le divorce, et où le père est un administrateur régulier et honnête. Ici, toute ingérence du Conseil de famille est à proscrire ; mais, en revanche, l'intervention de la justice doit se manifester. Une autorisation judiciaire est surtout urgente pour le cas où le père veut disposer de valeurs mobilières appartenant à son fils ou les convertir en titres au porteur. Il ne pouvait être question d'étendre à l'administration légale le régime de la loi du 27 février 1880, puisque, d'après les travaux préparatoires, cette loi est réservée à la seule tutelle. Ce qui est impossible, c'est d'extraire certaines des dispositions votées en 1880, pour les incorporer aux principes

gouvernant l'administration légale. Il en devrait être ainsi pour la conversion des valeurs nominatives en valeurs au porteur ; celle-ci devrait être rendue très difficile. Dans l'hypothèse inverse, où les valeurs advenues à l'enfant seraient au porteur, la conversion en titres nominatifs devrait être obligatoire. La nécessité d'apporter des limites à la liberté du père en matière de transaction s'impose, étant donnée surtout l'application fréquente de la loi du 9 avril 1898 aux enfants mineurs employés dans l'industrie.

En cas de divorce, la rupture du lien matrimonial est de nature à exercer une influence sur l'administration des biens de l'enfant mineur. Il s'agit alors de savoir si l'administration légale et le droit de garde doivent être réunis, ou, au contraire, dissociés. Il a paru à la Commission qu'aucune liaison ne s'imposait entre ces deux attributs de la puissance paternelle. Les qualités requises en vue de la bonne gestion d'un patrimoine sont, en effet, souvent différentes de celles qui sont nécessaires pour assurer l'éducation morale et physique d'un enfant.

Enfin, quant à la déchéance possible du père, jugé incapable d'être maintenu dans ses fonctions d'administrateur légal, la Commission a pensé qu'il fallait s'inspirer avant tout des règles de la tutelle, et se rattacher dans l'ensemble au système de destitution organisé par l'article 444. Car, en définitive

il ne s'agira souvent que d'une incapacité de gérer qui peut laisser intacte l'honorabilité du père.

Au cas où cette prérogative est enlevée au père, ce sera, en principe, à la mère que l'administration sera dévolue.

La suppression du Conseil de famille comme rouage de contrôle de l'administration légale ne peut qu'être approuvée, car le concours de cette assemblée est inutile, lorsque les deux époux vivent encore. Le Conseil de famille, comme l'a très bien observé M. Thaller, est destiné à remplacer celui des époux qui n'est plus. Donc, il y aurait un véritable non sens à faire appel à son intervention pendant le mariage (1). Toutefois, même dans le sein de la Société d'études législatives, des divergences se sont produites, relativement à l'opportunité d'un contrôle judiciaire. On a fait valoir que l'enfant qui était assez sérieux pour travailler ne le serait pas moins pour préserver son avoir contre les dilapidations du père. L'enfant n'a-t-il pas, en effet, la possibilité d'user des placements de ses gains et salaires à la Caisse d'Épargne? Or, on sait que, d'après la loi du 9 avril 1881, le mineur qui a fait un dépôt à la Caisse d'Épargne, sans l'assistance de son représentant légal, a le droit de signer seul la demande de remboursement et la quittance, lorsqu'il a 16 ans révolus et qu'il n'y a

1. *Bull. de la Soc. d'études lég.* 1906, p. 341.

pas opposition du représentant légal. Le maniement personnel du livret par le mineur forme incontestablement une garantie pour ce dernier. D'autre part, on n'a pas été sans protester contre l'extension de la loi de 1880 à l'administration légale.

Pour les valeurs soumises à des fluctuations incessantes, il est gênant d'admettre les formalités imposées par cette loi, relativement à la négociation ou à la réalisation d'un titre.

Quoi qu'il en soit, la Société d'études législatives s'est arrêtée au projet suivant, dont voici les grandes lignes : l'administration légale ne comporte ni la constitution d'un Conseil de famille, ni la nomination d'un subrogé tuteur (art. 2). Toutefois, en cas d'opposition d'intérêts entre le père et l'enfant mineur, il y a lieu à la désignation, par la justice, d'un administrateur *ad hoc* dont les pouvoirs prennent fin avec l'affaire pour laquelle il a été nommé (art. 9).

Le père administrateur légal peut faire seul tous les actes que le tuteur ne peut accomplir seul ou avec la seule autorisation du Conseil de famille. Il peut faire l'autorisation de justice tous les actes que le tuteur ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du Conseil de famille et l'homologation de justice (art. 4).

En ce qui concerne les valeurs mobilières, les dispositions de la loi du 27 février 1880 sont déclarées applicables à l'administration légale (art. 5) ; toute valeur mobilière au porteur échue à l'enfant devra

être transformée en valeur nominative par les soins du père dans le délai de trois mois, à dater du jour où elle est entrée dans le patrimoine de l'enfant (art. 7) sous peine pour le père d'être privé de sa jouissance légale sur tous les biens de l'enfant (art. 8).

D'autre part, l'obligation de faire emploi en valeurs de toute le sécurité, des sommes échues à l'enfant, est imposé au père dans le même délai de trois mois, sous la même sanction, plus les intérêts légaux (art. 9 à 11).

L'article 12 concède au père la faculté de disposer librement d'une assurance sur la vie qu'il aurait constituée de ses deniers sur la tête de l'enfant, mais sauf à tenir compte à ce dernier, lors de la cessation de l'administration légale du capital ou des arrérages de l'assurance (art. 13).

A défaut d'inventaire, consécutif à l'ouverture d'une succession échue au mineur, et obligatoire dans le délai de trois mois, le père serait soumis à toutes les rigueurs de la preuve par commune renommée, admise au profit de son enfant, pour lui permettre de réclamer l'émolument de la succession (art. 13-14).

Préoccupé du sort des enfants employés dans l'industrie, l'article 18 dispose qu'en cas d'accident survenu à l'enfant mineur, et engageant la responsabilité civile d'un tiers, ou pouvant donner lieu,

même en dehors de toute responsabilité civile, à une indemnité d'assurance, toute transaction entre le père et le débiteur sera nulle, si elle n'est homologuée par justice, et la somme payée à titre d'indemnité, versée par le débiteur aux mains d'un notaire, désigné par la justice, qui devra faire emploi dans les conditions prévues par le jugement d'homologation.

D'après l'article 21, en cas de divorce ou de séparation de corps, le tribunal peut confier l'administration des biens à celui qui n'a pas la garde des enfants; toutefois (art. 22), le conjoint auquel est maintenu ou attribué l'administration légale, ne peut désormais faire seul que les actes que le tuteur ordinaire pourrait faire seul. L'autorisation de justice lui est nécessaire pour faire les actes que le tuteur ne pourrait accomplir qu'avec l'autorisation du Conseil de famille.

La responsabilité et la déchéance du père sont réglementées par les articles 31-35 ; ce dernier texte dispose que les biens de l'administrateur légal ne sont grevés d'aucune hypothèque au profit de l'enfant. M. Ambroise Colin avait cependant réclamé, lors de la discussion, et avec raison, à notre avis, la garantie d'une hypothèque légale, mais sans les inconvénients de la généralité et de la clandestinité qui subsistent encore dans la tutelle ; seulement, on a cru devoir rejeter cette hypothèque légale, par le

motif qu'elle ne profiterait qu'aux enfants dont les parents posséderaient des immeubles, et serait par là même une institution inégale. Puis on a fait valoir que, les immeubles du mari étant déjà grevés de l'hypothèque de la femme, le concours de ces deux sûretés réelles sur un même patrimoine serait de nature à amener des complications (1).

Enfin, l'interdiction du père, la nomination d'un conseil judiciaire dont il serait pourvu, la séparation de biens entre les époux, ou la déchéance de la puissance paternelle, prononcée par application des lois de 1889 et de 1898 seraient des causes de déchéance de l'administration légale (art. 31). De même, l'administrateur légal encourrait la déchéance, en cas d'incapacité ou d'infidélité, et, dans ces hypothèses, l'administration légale passerait à la mère, ou bien, si elle était décédée, la tutelle s'ouvrirait (art. 32-33).

Telles sont les principales dispositions de ce projet, qui a le grand mérite de tenir compte à la fois de l'évolution des mœurs et des progrès réalisés par les législations les plus modernes.

1. *Bul. de la Soc. d'étud. lég.*, 1906, p. 349 et s..

CHAPITRE III

L'œuvre de la jurisprudence relativement à la recherche de la paternité

La société contemporaine ne peut pas suivre les traditions de la société païenne, qui, indulgente au concubinage, était restée indifférente au sort des bâtards. Les idées qui dominaient dans l'ancien droit au sujet de la condition des enfants naturels ne peuvent pas être acceptées davantage à l'époque moderne. Longtemps, l'influence du dogme religieux a expliqué la défaveur qui s'est attachée à la condition des enfants issus d'une union illégitime. Il en était ainsi par application du dogme du péché originel, qui punit les pères dans la personne de leurs enfants (1).

1. Bossuet. *De la connaissance de Dieu et de soi-même*, chap. IV, n° 41.

C'était sous l'inspiration de l'Eglise que les unions irrégulières avaient été flétries sous l'ancien régime. Si l'ordonnance de 1639 avait décidé que les mariages *in extremis* ne produiraient pas d'effet civil, c'était en vue de détourner les citoyens des unions illicites, en les empêchant de réhabiliter au dernier moment les enfants issus de ces unions. Cependant il avait été admis, à la fin de notre ancienne législation que l'enfant naturel avait droit à rechercher son père ; mais, pas égard pour la famille légitime, il ne pouvait réclamer que des aliments. « L'homme, s'il en convient, ou s'il est convaincu, doit être condamné à se charger de l'enfant, à la faire élever dans la religion catholique, et à lui fournir les aliments nécessaires, à en rapporter certificat tous les trois mois au Procureur du Roi, et à lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en situation de gagner sa vie (1). »

Les Assemblées révolutionnaires se montrèrent beaucoup plus difficiles que l'ancien régime pour accepter la recherche par l'enfant, de sa filiation naturelle. Elles élargirent, sans doute, les droits de l'enfant naturel, mais elles se montrèrent sévères au point de vue de son admission dans la famille. C'est là d'ailleurs un trait caractéristique de toutes les législations : toute amélioration apportée à la con-

1. Pothier. *Œuvres*, 5^e partie, chap. I, n° 394.

dition de l'enfant naturel se trouve en concordance avec un rétrécissement de modes de preuve de la filiation naturelle (1).

Par un décret du 7 mars 1793, la Convention avait chargé son Comité de législation de préparer un projet de loi sur les enfants naturels. Le droit de succession sur les biens de leurs père et mère a été reconnu à ces derniers par le décret du 4 juin 1793. Mais les droits aux aliments ou à la succession demeuraient impitoyablement refusés à ceux qui ne justifiaient pas d'une reconnaissance authentique.

Lors de la rédaction du Code civil, le titre de la paternité et de la filiation, tel qu'il avait été préparé par la section de législation du Conseil d'Etat, contenait un article 6, qui, conformément aux idées de l'époque intermédiaire, prohibait la recherche de la paternité. Cependant, lors de la discussion au Tribunal, la disposition qui devait passer dans l'article 340 fut vivement critiquée. Mais, sous l'influence impérieuse du Premier Consul (l'Etat n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus), le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité fut consacré.

Depuis cette époque, la règle contenue dans l'article 340 a été réprouvée par tous les jurisconsultes.

1. Cf. Ambroise Colin. *Rev. trim. de droit civ.*, 1902, p. 257 et s.

« L'article 340, a dit M. Valette, ne peut avoir aucune influence pour détourner du commerce illi-cite. Bien loin de là, cette règle doit avoir, comme l'expérience le prouve, un résultat entièrement opposé (1). »

La même opinion est professée par M. Beudant, en termes énergiques : « L'article 340, dit-il, est le résultat d'une réaction excessive contre l'ancienne législation : il est injuste, il est funeste dans ses conséquences ; il n'est pas fondé en droit (2). »

La preuve des vices que présente un tel régime résulte clairement des efforts qui ont été tentés par la jurisprudence, au cours du xix^e siècle, pour tourner la prohibition de ce texte. Au début de l'appli-cation du Code civil, les tribunaux appliquent l'article 340 dans toute sa rigueur. Au lendemain de la promulgation de notre loi civile, les magistrats procèdent par voie d'interprétation stricte ; ils écartent à la fois l'action en dommages et intérêts intentée par la fille séduite, et la demande d'aliments formée dans l'intérêt de l'enfant, par la raison que la paternité étant indivisible, un homme ne peut être père pour un cas et ne pas l'être pour un autre. Or, toute recherche de paternité est abolie, non seulement par rapport aux droits successifs, mais encore relative-

1. *Cours de Code civil*, t. I. p. 443.

2. *L'état des personnes*, t. II, p. 235.

ment aux aliments pour l'enfant, aux frais de gésine et aux dommages et intérêts pour la mère (1).

Mais, sous la pression de l'opinion, un revirement se produisit dans la jurisprudence, à la fin de la première moitié du XIX^e siècle. Les juges dont la conscience était froissée par la rigueur de l'article 340, s'efforcèrent de trouver un biais pour tourner la disposition de ce texte, sans en violer positivement la teneur. Tout en se montrant respectueux de la loi qui prohibe la recherche de la paternité, ils invoquent les articles 1142, 1149, 1382, qui ont une portée générale, et dont il ressort que toute inexécution d'une obligation contractée ou tout fait de l'homme préjudiciable à autrui, oblige son auteur à en réparer les conséquences. Dès lors, la femme est admise à demander à être indemnisée du dommage qu'un individu lui a causé, soit en se refusant à exécuter une promesse de mariage, soit en la séduisant par des moyens dolosifs. Sans doute, la promesse de mariage n'a pas pareille-même une valeur obligatoire mais elle rentre dans la catégorie des faits illicites de séduction, et elle légitime une demande en dommages et intérêts (2).

Cette tendance est affirmée avec une énergie

1. Cass., 26 mars 1906. D. *Verbo Paternité*, n° 598.

2. Cass., 24 mars 1845. D. 45. 1. 177. — Montpellier, 10 mai 1851. — Bordeaux, 5 janvier 1847, et 23 nov. 1852. — D. *Verbo Paternité* n° 598.

remarquable dans un arrêt du 26 juillet 1864 (1). La Cour suprême érige en principe que l'action du séducteur employant des manœuvres fauduleuses pour posséder une jeune fille réunit tous les caractères d'un quasi-délit civil, et il n'y a aucune assimilation possible, fait remarquer l'annotateur de cet arrêt (2), entre l'action en dommages et intérêts, intentée par la femme pour la réparation du préjudice dont elle souffre, et la recherche de la paternité, intentée par l'enfant, ou en son nom, en vue de constater sa filiation, contre l'homme dont il prétend être le fils. L'article 1382, dit-on, permet la réparation de tout préjudice, quel qu'il soit, pourvu qu'il soit appréciable en argent ; s'il est impuissant à réparer les blessures morales résultant d'un amour non partagé, il comprend évidemment dans sa formule large les pertes matérielles occasionnées par le tort à la réputation, et par l'espèce de tare qui s'attache dans l'opinion commune, à la situation d'une femme qui a donné naissance à un enfant, sans être engagée dans les liens d'une union légitime. Comme compensation du bonheur perdu et des difficultés qu'elle peut rencontrer désormais pour s'établir, l'allocation d'une réparation pécuniaire s'impose. Or, l'indemnité à verser ne peut-être complète que si elle s'apli-

1. D. 64. 1.347 ; S. 65. 1. 33.

2. S. 65. 1. 33.

que à la fois aux dommages résultant de la grossesse, et à la nécessité de subvenir dans la suite aux besoins de l'enfant.

Cette jurisprudence a reçu ultérieurement un développement remarquable. Il est devenu constant que toutes les fois que des manœuvres dolosives ont été relevées à la charge du séducteur, la femme séduite est fondée à réclamer des dommages et intérêts. Par un arrêt du 10 juin 1862 (1), la Cour de Caen déclare que l'engagement pris par un amant de réparer le tort qu'il a causé à sa maîtresse est parfaitement valable ; sans doute la recherche de la paternité naturelle est positivement prohibée par la loi, mais, en faisant droit à la demande de la victime, on ne viole pas la disposition de l'article 340, on assure le respect d'une parole librement donnée, et l'engagement pris, sans porter atteinte aux lois ni aux bonnes mœurs, d'indemniser une personne d'un préjudice éventuel qui la menacerait. Donc, toutes les fois que des lettres ou des écrits émanés du séducteur contiennent, de la part de ce dernier, l'engagement formel de réparer sa faute, et de pourvoir aux besoins de l'enfant né de ses œuvres, les tribunaux reconnaissent la validité d'un semblable lien obligatoire. En d'autres termes, c'est la reconnaissance non pas de la paternité, mais d'une obligation naturelle des plus respectables.

1. D. 62. 2. 129.

Il est reconnu, en effet, par les auteurs les plus considérables, qu'une des sources des obligations naturelles réside dans le devoir de réparer les dommages indûment causés et dont la sanction ne peut être demandée faute de preuve ou d'obligation légale. Or, il se peut qu'un père naturel soit amené à promettre des aliments à son enfant ; un tel acte serait considéré par la jurisprudence comme la reconnaissance civile d'une dette naturelle. Il est couramment admis qu'un enfant naturel non reconnu, qui cherche à obtenir des aliments en vertu d'engagements contenus dans des lettres émanées de son père, ne contrevient pas à l'article 340. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 4 juin 1902, décide qu'il y a lieu de donner effet « à des lettres contenant des engagements réitérés et successifs s'appliquant à des sommes d'argent destinées à pourvoir à tous les besoins des enfants de M^{lle} X... ; car le père avait reconnu, et par là rendu civilement obligatoire, la dette dont il s'acquittait, dette qui était encore susceptible de s'accroître avec sa situation de fortune et qui n'était indéterminée que relativement à sa durée. (1) » De même, un arrêt de la Chambre des requêtes du 5 mars 1902 décide qu'un père, qui a toujours traité une personne comme sa fille, et qui lui a remis des valeurs pour

1. *Pand.*, 1904. 2. 206.

s'établir, a exécuté une obligation naturelle, et, par suite, ne peut exercer aucune action en répétition de la somme versée (1). Déjà, le 30 juillet 1900, la Cour de cassation avait statué dans le même sens : Est valable l'engagement contracté d'élever, d'entretenir et de doter des jeunes gens que l'on tient pour ses enfants naturels (2).

Toutes ces décisions offrent un caractère commun : il ne s'agit pas de méconnaître la défense portée par l'article 340 ; les tribunaux ne fondent pas leurs décisions sur la preuve, qui serait acquise, d'un rapport de filiation illégitime ; ils s'appuient seulement sur l'idée d'une obligation naturelle illicite. Mais la jurisprudence n'est parvenue à ces résultats que sous l'influence de l'évolution des idées et du progrès des mœurs.

C'est par application de la même idée que la jurisprudence a sanctionné les engagements pris par un homme envers une femme, et attestant l'intention de réparer un dommage causé à cette dernière (3). Un arrêt de la Cour de Rennes (4) consacre notamment

1. D. 1902. 1. 220 ; S. 1902. 1. 312.

2. S. 1901. 1. 259. — Cf. Trib. Gray, 5 juin 1902, *Pand.* 1903. 2. 97.

3. Trib. Lyon, 21 juillet 1856. D. 60. 1. 256. — Grenoble, 23 janvier 1864. D. 64. 5. 255. — Aix, 10 janvier 1878. D. Sup. *Obligations*, n° 154. — Liège, 15 février 1875. D. 76. 2. 49. — Dijon, 27 mai 1892. D. 93. 2. 183.

4. Rennes, 27 mars 1904. D. 1905. 2. 305, note de M. Planiol.

l'obligation naturelle, pour le séducteur de procurer pour l'avenir une compensation pécuniaire à la femme abandonnée. Doit être condamné à la réparation du préjudice dont il s'agit non seulement le séducteur qui a recouru à l'emploi de manœuvres dolosives, mais encore celui qui a employé une contrainte morale résultant, soit de l'abus de la force physique, soit de la supériorité d'âge, d'intelligence ou de situation sociale (1). En résumé, « malgré l'article 340, qui interdit la recherche de la paternité, et au moyen de l'article 1382, dans un intérêt supérieur de justice et de moralité publique, il est permis à la fille séduite et devenue mère, d'intenter contre celui qui l'a abandonnée une action en indemnité, lorsque la séduction a été déterminée par des manœuvres dolosives ou par une promesse de mariage, lorsque, en un mot, dans la faute commune, la part de l'un et de l'autre est inégale, la femme pouvant, à raison des circonstances, être considérée bien moins comme une complice que comme une victime (2). »

Il est évident que, pour les personnes qui ne sont

1. Paris, 16 mars 1892. D. 93. 2. 511. — Cf. Dijon, 1^{er} déc. 1868 D. 68. 2. 248. — Bourges, 28 mai 1879. D. 80. 2. 111. — Nîmes, 18 mars 1901. S. 1902. 2. 206. — Paris, 16 mars 1892. S. 94. 2. 30.

2. Discours de M. Ballot-Beaupré, lors du centenaire du Code civil. *Gaz. Pal.* du 30-31 oct. 1904.

pas habituées aux subtilités du droit, de telles décisions équivalent à l'admission de la recherche de la paternité naturelle (1). Cependant la jurisprudence maintient très énergiquement l'explication de ces solutions sur le terrain d'un quasi-délit, ou d'une obligation naturelle. De sorte qu'on aboutit, en fin de compte, à des conséquences bien singulières : un individu peut être condamné à servir, pendant sa vie, une rente à une autre personne ; mais cependant celle-ci demeurera exclue de la succession du débit-rentier, parce que le jugement portant condamnation à payer la rente n'offre aucune analogie juridique avec un titre de reconnaissance de la paternité. Il est manifeste qu'une législation qui consacre de pareilles anomalies est condamnée à disparaître sous les protestations de l'opinion.

Il est, par suite, facile de comprendre que les projets de réforme de l'article 340 soient nombreux depuis vingt ans. En Belgique, l'avant-projet de Code civil rédigé par M. Laurent admet la recherche de la paternité, en cas de promesse de mariage ou de séduction, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, de la promesse ou de la séduction, ou lorsque les présomptions, résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale ; la femme peut

1. (Beudant, t. II, n° 239).

réclamer des dommages et intérêts quand il y a un engagement contracté en sa faveur et dans le cas où la recherche de la paternité est admise (art. 319-2°, et 320). Un autre projet belge, déposé le 22 juillet 1893 par M. Van Berchem et Le Jeune, spécifie que la recherche de la paternité est autorisée s'il y a eu aveu de la paternité résultant, soit d'actes ou d'écrits quelconques émanés du père prétendu, soit de faits et circonstances dont la réunion caractérise la possession d'état, d'après l'article 321 ; cette recherche est encore possible, si le père prétendu a été condamné du chef d'enlèvement, d'arrestation, de détention, ou de séquestration arbitraire, du chef de viol, ou même du chef d'attentat à la pudeur, consommé sans violence sur la personne d'une fille de moins de 14 ans accomplis, lorsque l'époque de ces infractions se rapporte à celle de la conception. Et il en est de même s'il y a eu séduction par promesse de mariage, abus d'autorité ou manœuvres frauduleuses, pourvu qu'il existe un commencement de preuve par écrit de la promesse en mariage, de l'abus d'autorité ou des manœuvres frauduleuses, ou que des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants soient assez graves pour déterminer la preuve testimoniale de ces diverses circonstances.

Il faut rapprocher de ces propositions les textes de lois étrangères qui prennent en considération,

pour établir la preuve de la paternité naturelle, le fait qu'un homme a vécu en concubinage avec la femme à une époque se rapportant à celle de la conception. Il en est ainsi en Allemagne et en Autriche ; d'après l'article 1717 du Code civil allemand, est réputé père de l'enfant naturel celui qui a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, à moins qu'un autre ait également cohabité avec elle à cette époque ; néanmoins la cohabitation n'est pas prise en considération, lorsque d'après les circonstances, il est manifestement impossible que la mère ait conçu l'enfant par le fait de cette cohabitation.

Une règle analogue est contenue dans l'article 163 du Code autrichien : est présumé père de l'enfant, celui qui est convaincu d'avoir cohabité avec la mère de cet enfant dans les sept mois au moins et les dix mois au plus qui ont précédé l'époque de l'accouchement.

En France, quels que soient les efforts tentés, soit par la doctrine (1) soit par la jurisprudence (décisions précitées), leur œuvre commune ne peut aboutir à des résultats pleinement satisfaisants, en face de la prohibition toujours inscrite dans l'article 340, et le législateur doit intervenir lui-même. Des tentatives ont eu lieu déjà dans ce sens.

1. Demolombe, t. V, n° 480 et s. — Beudant, t. II, n° 592 — Planiol, *Traité*, t. I, 3 éd., n° 1533.

Ce fut le 17 février 1878 (1), que le Sénat fut saisi, pour la première fois, d'une proposition tendant à modifier l'article 340. Ces auteurs étaient MM. Béren-ger, de Belcastel, Foucher, de Careil et Schoelcher. La recherche de la paternité était autorisée dans les cas : 1° d'enlèvement, de viol ou de séduction, lorsque l'époque de l'enlèvement, du viol ou de la séduction se rapporte à celle de la conception ; 2° de possession d'état, dans les conditions prévues par l'article 321. D'autre part, M. Rivet, député, qui a attaché son nom à de nombreuses propositions dans ce sens, s'est efforcé de faire reconnaître, successive-ment, le 26 mai 1883 (2), le 10 juin 1890 (3), le 9 juillet 1895 (4), la légalité de la recherche de la pater-nité naturelle, toutes les fois qu'il y a des preuves écrites, des faits constants ou des témoignages suffi-sants. Le 28 janvier 1895, une proposition émanant de MM. Arthur Groussier, Viviani, Jaurès, Mille-rand, Clovis Hugues, autorisait la recherche de la paternité, pourvu qu'il y ait preuve écrite, ou faits constants, ou témoignages suffisants (5).

Plus tard, M. Goujon, député s'inspirait évidem-ment du projet belge de MM. Van Berchem et Le

1. *J. Off.*, p. 1649.

2. *J. Off.*, 1883, annexe, n° 1935, p. 995.

3. *J. Off.*, annexe, n° 650, p. 1102.

4. *J. Off.*, 95, annexe, n° 1434, p. 868.

5. *J. Off.*, 1895, annexe, n° 1147, p. 140.

Jeune, lorsqu'il demandait que la paternité naturelle pût être judiciairement déclarée : 1° dans le cas de rapt, d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol, se rapportera à celle de la conception; 2° dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles à une époque contemporaine de la conception, et s'il existe un commencement de preuve par écrit ; 3° s'il existe des lettres, missives ou quelques autres écrits privés signés par le père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité, au profit de l'enfant ; s'il y a eu cohabitation notoire entre le père prétendu et la mère pendant la période légale de conception, et s'il est établi que le père prétendu a pourvu d'une façon régulière à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (1).

M. Rivet reprit le 7 décembre 1900 la proposition qu'il avait déjà présentée en 1883, 1890 et 1895 (2). D'autre part, M. Viviani prenait, le 24 décembre 1900 l'initiative d'un projet autorisant l'action en recherche de la paternité (3), dans le cas de séduction accompagnée de promesse de fiançailles ou de promesse de mariage, résultat d'un commencement de preuve par écrit ; 2° dans le cas de séduction accom-

1. *J. Off.*, Annexe n° 2524, 1897, p. 1407.

2. *J. Off.*, 1900, annexe, n° 2011. p. 126.

3. *J. Off.*, 1900, annexe, n° 2078 p. 269.

pagnée de manœuvres ou d'abus d'autorité se plaçant à une époque contemporaine de la conception et résultant de documents de toute nature ; 3° en cas d'aveu de paternité clairement constaté par écrit ; 4° en cas de cohabitation notoire entre le père prétendu et la mère pendant l'époque légale de la conception ; 5° en cas de cohabitation notoire entre le père prétendu et l'enfant si l'enfant porte le nom du père.

Ces diverses propositions ont été reprises à l'époque la plus récente, et nous sommes aujourd'hui en présence de deux propositions, l'une présentée au Sénat, le 28 janvier 1905, par MM. Rivet et Béranger (1), l'autre soumise à la Chambre le 2 juillet 1905, par MM. Sembat, Allard et plusieurs autres députés socialistes (2). Ces propositions sont caractérisées par des tendances opposées : celle qui émane de MM. Rivet et Béranger se montre circonspecte dans le choix des preuves admises pour la recevabilité de l'action en recherche de la paternité.

L'autre s'inspire au contraire d'une admission très large de la preuve de la paternité, mais elle limite dans une certaine mesure les conséquences produites à l'égard du père, par la filiation naturelle. C'est

1. *J. Off.*, Doc. parl. Sénat, 1905, annexe, n° 16, p. 10.

2. *J. Off.*, 1905. Doc. parl. Chambre, annexe, n° 1142, p. 292.

à une conclusion à laquelle ont abouti toutes les législations qui se sont inspirées d'une reconnaissance large de la filiation naturelle. Comme l'a démontré fort exactement M. Ambroise Colin, il faut se garder d'attribuer des effets exagérés à l'établissement de la filiation naturelle contre la volonté du père ; « par une loi de logique irrésistible, les difficultés de la preuve doivent croître en raison directe des avantages accordés à la qualité d'enfant naturel. L'expérience a été faite avec les lois révolutionnaires, qui, procédant à la paradoxale assimilation de la famille légitime et de l'illégitime, en matière de droits de famille et de succession, ont été du même coup amenées à l'interdiction de la recherche de la paternité qu'admettait l'ancien droit sans difficulté, précisément à cause des droits restreints qui en découlaient pour le bâtard. De nos jours (et la loi de 1896 n'est peut-être qu'une étape dans cette voie), on tend à égaler les droits successoraux des enfants naturels et des légitimes... Quelle objection ne soulèvera pas alors l'idée d'une libre recherche de la paternité ! Au contraire, qu'y aurait-il de plus rationnel qu'une distinction établie suivant l'acte dont la filiation résulterait ? Aux seuls enfants naturels reconnus volontairement, on attribuerait les droits de succession et la situation de famille qui se fonde sur l'affection des parents, manifestée dans un acte de libre volonté... En revanche, aux enfants dont la

filiation aurait été établie en vertu d'une recherche, contrairement à la volonté du père ou de la mère, on n'attribuerait que le droit à l'entretien et à l'éducation (1). »

Ce sont bien ces idées fondamentales qui ont dicté à MM. Rivet et Béranger les grandes lignes de leur proposition. Des mesures rigoureuses sont prises pour restreindre la preuve de la filiation naturelle ; la recherche n'est admise que dans trois cas : 1° Au cas de rapt, auquel seront assimilés le viol et la séduction par des moyens spécialement blâmables ; 2° Lorsque le demandeur produit des écrits, notamment des lettres missives, desquelles il résulte un aveu non équivoque de paternité au profit de l'enfant ; 3° Lorsqu'il est établi que les auteurs de l'enfant vivaient maritalement pendant la période de la conception.

En outre des règles restrictives de l'application des principes précédents, sont formulées pour les hypothèses où il existerait des circonstances contraires à une présomption acceptable de paternité. L'article 3 déclare, à cet égard, que l'action en recherche de la paternité ne sera pas recevable, s'il est établi : 1° que pendant la période légale de la conception, la mère

1. A. Colin, « De la protection de la descendance illégitime, au point de vue de la preuve de la filiation ». *Rev. trim. de droit civ.*, 1902, p. 297 et 298.

a eu commerce avec un autre individu, ou si elle est d'une inconduite notoire ; 2° si le demandeur démontre son état d'impuissance.

Toute recherche intentée de mauvaise foi est punie des peines du chantage (art. 400, page 2 du C. pén.).

Quant aux effets, la filiation établie de cette manière produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire faite par acte authentique, c'est-à-dire qu'elle engendre le droit aux aliments pendant la vie du père, et le droit successoral à sa mort. Ainsi se trouvent conciliées l'extension des droits de l'enfant naturel et les garanties dont doit être entourée de la recherche de la filiation.

C'est une autre conception qui domine la proposition de MM. Sembat et Allard, approuvée par le Conseil national des Femmes de France, et préconisée par toutes les associations féministes. Beaucoup plus large que la précédente, au point de vue de la facilité de la recherche de la paternité naturelle, elle limite les conséquences attachées à l'établissement de la filiation naturelle, et elle n'en fait découler qu'une obligation alimentaire vis-à-vis de l'enfant pendant sa minorité. Ainsi se trouve consacré le système antérieurement développé par M. A. Colin : La recherche de la paternité est rendue très aisée. L'administration de la preuve peut être fournie par tous les moyens : 1° Par preuve écrite ; 2° par des

présomptions graves, précises et concordantes ; 3^o par la seule possession d'état. Ce n'est pas seulement le tuteur de l'enfant qui peut exercer l'action en recherche de la paternité ; cette action peut être exercée par la mère elle-même (art. 3).

Mais, que l'on ne s'effraye pas à la pensée qu'une réforme aussi hardie va peut-être remplacer prochainement l'article 340 dans notre droit civil. Les effets de la recherche de la paternité sont des plus atténués ; le père ne doit à l'enfant, dont la filiation aura été ainsi constatée, qu'une pension alimentaire proportionnée à sa fortune et qu'il ne doit servir que jusqu'à la majorité. En ce qui concerne la mère, elle est fondée à demander une indemnité destinée à réparer le dommage matériel ou même simplement moral qu'elle a subi. Cette indemnité comprend nécessairement les frais d'accouchement et l'entretien de la mère pendant trois mois. Quant au père, il ne tire de la paternité ainsi établie contre sa volonté aucun droit bien précis.

Cette étude rapide montre que, de toutes les institutions du droit privé, la famille est assurément une des plus mobiles et des plus variables. Les idées qui président à sa composition, à l'étendue des pouvoirs du chef, comme aussi à sa dissolution, évoluent sous l'empire des transformations subies par les croyances philosophiques ou religieuses, et aussi sous l'influence des mœurs. La loi doit suivre et refléter ces

changements incessants ; elle ne peut pas, sans doute, favoriser les mauvaises mœurs ; mais elle est tenue, sous peine d'être bientôt battue en brèche, de se conformer à la moyenne des idées sociales d'une époque donnée. Sinon, les particuliers seraient portés à enfreindre ses règles, et l'on verrait augmenter le nombre de ceux qui vivraient en marge de la famille. Comme l'a écrit M. Lerebours-Pigeonnière : « L'histoire de la famille se déroule principalement dans les mœurs, et la loi n'en peut modifier ou diriger le cours, que dans la mesure restreinte où elle est capable d'influer sur la conscience publique (1). »

Le Code a adopté sur ce sujet une transaction entre l'ancien régime et les idées nouvelles ; mais les idées que l'on considérerait comme neuves en 1804, peuvent passer aujourd'hui, à juste titre, pour représenter une tradition déjà vieillie, et le Code n'a pu évidemment prétendre arrêter le progrès du droit sur ce point, et enserrer les règles qui président à la constitution de la famille dans des dispositions immuables et définitives.

Vu : le Président de la thèse,

WEISS

Vu : le Doyen,

Ch. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- Glasson*. — Le mariage civil et le divorce, 2^e éd., 1884.
- Lehr*. — Le mariage, la séparation de corps et le divorce dans les principaux pays civilisés, 1899.
- Lefebvre* (Ch.). — Introduction à l'histoire du droit matrimonial français, 1901-1906.
- Gaillard*. — Les causes du divorce en législation comparée. Thèse, Bordeaux, 1900.
- Alexandresco*. — Droit civil de la Roumanie.
— Bulletin de la Société d'études législatives depuis 1902.
- De Riberolles*. — Du divorce par consentement mutuel. Thèse, Paris, 1904.
- Curet*. — Code du divorce et de la séparation de corps, 2^e éd., 1893.
- Coulon*. — Du divorce et de la séparation de corps, 1890-1895, 5 vol.
- Frémont*. — Du divorce, 1886.
- Demolombe*. — Cours de Code civil, 31 vol.
- Laurent*. — Principes de droit civil français, 33 vol.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 4^e éd., 1869–1879, 8 vol.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code civil, 2^e éd., 9 vol., 1884.

Huc. — Commentaire pratique du Code civil, 14 vol., 1892–1903.

Hitier. — L'Evolution de la jurisprudence en matière de divorce, 1893.

Planiol. — Traité de droit civil, 3^e éd., 1905.

Margueritte (P. et V.). — Quelques idées, 1905. L'élargissement du divorce, 1902.

Taudière. — De la puissance paternelle, 1895.

Drucker. — De la protection de l'enfance contre les abus de la puissance paternelle. Thèse, Paris, 1894.

Gastambide. — L'enfant devant la famille et l'Etat. Thèse, Paris, 1902.

Colin (A.). — Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 257 et suiv.

Valette. — Cours de Code civil, t. I, 1874.

Girard. — Manuel de droit romain, 4^e éd., 1906.

Gide (P.). — Etude sur la condition privée de la femme, 2^e éd., revue par M. Esmein, 1885.

Coulanges (F. de). — La cité antique, 10^e éd., 1885.

— Livre du centenaire du Code civil, 1906, t. I.

Martin (O.). — La crise du mariage. Thèse, Paris, 1901.

Boistel. — Cours de philosophie du droit, 2 vol., 1899.

Oudot. — Le droit de famille, 1867.

Franck. — Philosophie du droit civil, nouv. éd., 1887.

Roguin. — Traité de droit civil comparé (le Mariage), t. I.

Esmein. — Le Mariage en droit canonique, 2 vol., 1885.

Beudant. — Cours de droit civil français. L'Etat et la capacité des personnes ; 2 vol., 1896-1897.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I. — Le Code civil et la question du divorce.	25
CHAPITRE II. — Les restrictions successives apportées au droit de puissance paternelle pendant le xix ^e siècle.....	87
<i>Section I.</i> — L'évolution du droit de correction au cours du xix ^e siècle.....	90
<i>Section II.</i> — La jurisprudence et le droit d'admini- stration légale.....	114
CHAPITRE III. — L'œuvre de la jurisprudence relative à la recherche de la paternité.....	139

